Die Flucht in die Generalklauseln

Eine Gefahr für Recht und Staat

von

Justus Wilhelm Hedemann





1 9 3 3

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
TÜBINGEN





Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

VORWORT

Diese Schrift will durchaus historisch verstanden werden. Nicht in dem Sinne, daß sie Vergangenes wieder hervorholt. Sondern so, daß sie *das Bild der Gegenwart* in den lebendigen Fluß der Entwicklung hineinstellt. Einige Erinnerungen an das alte römische und das darauffolgende byzantinische Recht sollen als Spiegelbilder gelten. Daß solche Spiegelbilder trügen können, ist klar. Aber sie wecken das Bewußtsein und sie stärken das *Verantwortungsgefühl*.

Vom Leser wird erwartet, daß er seinen Blick auf Jahrzehnte einstellt, und daß er die Schrift aus ihrem *Zusammenhalt* beurteilt. Auf den einzelnen Gebieten, die geschildert werden, mögen Lücken oder Fehlgriffe begegnen. Aber das Ganze wird, so hoffe ich, stark genug sein, um zu zeigen, daß wir vor einer Schicksalsfrage stehen.

Jena, am 1. April 1933.

Justus Wilhelm Hedemann.

INHALT

Seite

EINLEITUNG: IUS EST ARS BONI ET AEQUI 1

I. DER TATBESTAND 4

1. Frühere Generalklauseln (exceptio doli generalis, ALR. § 10 II 17) 4
2. Die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbes. § 826 und § 242 6
3. Freirechtsbewegung und Aufwertungskampf 10
4. Hochkonjunktur von Treu und Glauben 12
5. Eroberung des Arbeitsrechts und des Wettbewerbsrechts . . 15
6. Fußfassen der Generalklauseln in Sondergesetzen 18
7. Handelsrecht 21
8. Öffentliches Recht 24
9. Zivilprozeß 24
10. Vollstreckungsrecht 29
11. Strafrecht 32
12. Steuerrecht 38
13. Verwaltungsrecht 41
14. Staatsrecht 46
15. Byzantinismus 51

II. DIE BEWERTUNG 53

16. Dogmatik der Generalklauseln 53
    Abscheidung von verwandten Erscheinungen 53
    Grenzen der Tragweite 55
    Verhältnis mehrerer Generalklauseln zueinander 56
    Eingliederung in das Rechtssystem 57
17. Gründe für das Vordringen der Generalklauseln 58
    Überfülle des Stoffes 58
    Innere Haltlosigkeit 59
    Ermüdung 60

Seite
18. Die Leistungen der Generalklauseln 60
Lösung akuter Einzelkonflikte 61
Schaffung neuer Rechtsinstitute 62
Hebung des Judiziums auf eine höhere Plattform 64
19. Die erste Gefahr der Generalklauseln: Verweichlichung . . 66
20. Die zweite Gefahr der Generalklauseln: Unsicherheit . . . 67
21. Die dritte Gefahr der Generalklauseln: Willkür 70
22. Wo stehen wir? 73

„Ich bin immer dafür, strenge auf ein Gesetz zu halten, namentlich in der obwaltenden Zeit übertriebener Liberalität."

(Goethe, Gespräche mit Eckermann, 19. Februar 1831.)

Als der byzantinische Kaiser Justinian im Jahre 533 n. Chr. — also gerade vor vierzehn Jahrhunderten — die Pandekten schuf und aus angeblich zweitausend Büchern mit drei Millionen Zeilen (versus) selbst fünfzig Bücher mit einhundertfünfzigtausend Zeilen herstellen ließ, setzte er (D. 1, 1, 1 pr.) an die Spitze den Satz:

„Wer sich mit dem *Recht* ernsthaft beschäftigen will, muß vor allem anderen wissen, woher der Name des Rechts stammt. Er ist hergenommen von Gerechtigkeit. Denn, wie *Celsus* es eindrucksvoll bestimmt hat: das Recht, das ist die Kunst des *Guten und Gerechten*", — „a iustitia appellatum", „*ius est ars boni et aequi*".

Celsus hat zu Anfang des 2. Jahrhunderts n. Chr. gelebt, Ulpian, aus dessen Schriften der Satz von Justinian übernommen worden ist, zu Anfang des 3. Jahrhunderts, Justinian zu Anfang des 6. Jahrhunderts. Mindestens vier Jahrhunderte ist also die Formel in Umlauf gewesen.

Trotzdem war sie, schon als Celsus zum ersten Male davon sprach, bereits das Ergebnis einer wiederum Jahrhunderte überspannenden Entwicklung. Denn am Anfang der römischen Rechtsentwicklung hat nicht — beide Formulierungen entstammen freilich erst dem byzantinischen Zeitalter — das (ius) aequum et bonum, sondern das „ius strictum" gestanden: wer etwas versprochen hat, wird mit aller erdenklichen Strenge des Worts

daran festgehalten, uti lingua nuncupassit ita ius esto. Allmählich setzt dann eine Zweiung der Geschäfte ein, den stricti iuris negotia (iudicia, actiones) treten die negotia bonae fidei gegenüber (letztere aufgezählt bei Gaius 4, 62 und auch in den Justinianischen Institutionen 4, 6 § 28). Damit haben wir vor uns die berühmte *bona fides*. Wir dürfen sie für unseren das Ganze überspannenden Zusammenhang mit dem bonum et aequum gleichsetzen, denn es lief in der Tat auf dasselbe hinaus, ob in der Prozeßformel gesagt wurde: Quidquid Nerum Negidium ex bono et aequo dare facere oportere, oder: Quidquid N. N. ex fide bona dare facere oportere. Aber auch bei den „strengen Geschäften" ist es zum Einbau einer Schutzklausel in die Prozeßformel gekommen, einer Einrede, der exceptio doli, die vom dolus praeteritus (specialis) immer mehr zum dolus praesens gesteigert wurde: *exceptio doli generalis:* si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat (Gaius 4, 119). Wiederum dürfen wir diese Wortprägung mit den beiden anderen gleichsetzen; wurde doch bei den bonae fidei iudicia auf die Beifügung der exceptio doli ausdrücklich deshalb verzichtet, weil die bona fides ohne weiteres die Fernhaltung jeden dolus in sich schloß: exceptio doli inest bonae fidei iudiciis.

Wir haben also drei Elementarbegriffe vor uns: bonum et aequum, bona fides, exceptio doli. Damit ist ungefähr bestimmt, (zunächst nur für das Zivilrecht) was in der folgenden, dem geltenden Recht zugewandten Untersuchung unter „*Generalklauseln*" gemeint ist. Zusammengenommen hat es sich bei diesen römischen Formeln um einen großartigen historischen Prozeß gehandelt: Man bewegte sich *von der Strenge zur Lockerung*. Zunächst nur formal, Auflockerung des Wortlauts, Geschmeidigkeit der Deutung. Aber spätestens bei Justinian auch in materiellem Sinne, bis ins Ethische hinüberfließend: *Statt Strenge Milde, statt Härte Weichlichkeit*. Es ist unwahrscheinlich, daß den Römern selbst dieser gewaltige Entwicklungsvorgang zum klaren Bewußtsein gekommen ist, wenn sie auch das Schwanken zwischen dem durum ius, der iuris ratio, der asperitas, severitas

usw. auf der einen Seite und der *aequitas, humanitas, benignitas oder bona fides* auf der anderen Seite gelegentlich als drückend empfunden haben mögen.

Wenn nun *wir Heutigen* uns fragen, wo wir in dieser Spannung zwischen Strenge und Auflockerung, zwischen festumrissenem Einzelsatz und unbestimmter Generalklausel stehen, so werden wir zwar klarer, bewußter Stellung nehmen können wie die Römer, aber andererseits steht auch uns ein sicheres letztes Urteil nicht zu, weil uns die Dinge noch zu nahe liegen. Das letztere befreit jedoch nicht von der Pflicht, der Erscheinung nachzugehen. Denn diese Frage ist — geschichtlich gesehen — *wahrscheinlich die wichtigste Frage, die es überhaupt für den Juristen des 20. Jahrhunderts gibt.* Im folgenden wird zunächst der Tatbestand gegeben (I) und daran der Versuch einer Bewertung angeschlossen (II).

I.

Der *Tatbestand* ist der, daß *die Generalklauseln im Laufe der letzten fünfzig oder dreißig Jahre in erstaunlichem Vordringen begriffen sind.* An diesem Prozeß ist nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Wissenschaft und die Richterpraxis beteiligt.

1. *Unsere Vorväter*, die Pandektisten und Landrechtjuristen, die Richter des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und die des Code civil — vornehmlich die letzteren — sind *auch schon im Besitz von Generalklauseln* gewesen. Zwei mögen herausgegriffen werden, beide besonders bekannt und beide noch fortwirkend in unsere Tage hinein. Die eine entstammt dem Gebiet des gemeinen Rechts und gehört ins Privatrecht, die andere steht im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 und gehört ins öffentliche Recht.

Das gemeine Recht bietet uns natürlich in erster Linie die *exceptio doli generalis* dar, deren Auftauchen im römischen Recht wir verfolgt haben. Was hat man im 19. Jahrhundert aus ihr gemacht? Einen Schmuck der Lehrbücher, in der Praxis ein *seltenes*, möglichst wenig generalisiertes, nur von Fall zu Fall angewandtes Hilfsmittel. Das zeigt ein Blick in die Reichsgerichtsjudikatur. 1879 begann das Reichsgericht seine Tätigkeit. Von Anfang an gab es eine (halb-) amtliche Sammlung von Sprüchen heraus. Und nun bedenke man: die ersten 17 Bände enthalten nichts von dieser exceptio doli generalis (außer einer nichtssagenden Erwähnung Bd. 6 S. 333). 1886 kommt sie zum ersten Male vor. Bis zum 30. Bande, d. h. in einem Zeitraum von dreizehn Jahren, habe ich nur zehn Urteile gefunden, die sich der exceptio bedienen. Die Stoffe dieser zehn Urteile zeigen die *Zersplitterung*, es wird durchaus von „Fall zu Fall" gearbeitet. Da ist es einmal die Bürgschaft, ein anderes Mal die Vollmacht,

ein drittes Mal das Zurückbehaltungsrecht, ein viertes Mal die Hypothekenzession usw., die durch den Behelf der exceptio doli generalis in diesem oder jenem Einzelpunkt gestützt werden. Einmal wird dabei die exceptio mit „Treu und Glauben“ gleichgesetzt. Einmal bekommt ihr Grundgedanke einen etwas stärkeren Ton: es wird nicht nur eine exceptio bewilligt, sondern der dolus dient als Klagelement, um so zu einem Schadensersatzanspruch zu gelangen. Im ganzen eine minimale Ausbeute.

Aus dem preußischen Recht vom Ausgang des 18. Jahrhunderts ist der Satz herübergekommen: „Die nötigen Anstalten *zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung*, und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei“ (ALR. § 10 II 17), — Ruhe, Sicherheit, Ordnung: *Generalklausel,* von den Lehrern des öffentlichen Rechts als „Generaldelegation“ bezeichnet, diesmal im Bereich des öffentlichen Rechts liegend. Der *Gebrauch* der Klausel scheint bis tief ins 19. Jahrhundert hinein ganz gering gewesen zu sein. Nirgends wird sonderlich Notiz von ihr genommen. Der große Kochsche Kommentar zum Landrecht bringt den Satz ohne jede Heraushebung, nicht ein einziger etwa dazu ergangener Richterspruch wird zitiert (z. B. in der 3. Aufl. von 1863). Freilich hat es solche Richtersprüche gegeben, zumal als das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 ergangen war, das belebend in juristischer Beziehung gewirkt hat. Aber sie blieben vereinzelt und wurden rasch wieder vergessen. Erst mit der Schaffung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (1875) kam es zu einer Vertiefung. Jetzt erst spürte man in den Materialien der Gesetzgebung von 1794 nach und begann sich, wie es der Kommentator Rönne 1888 (Ergänzungen und Erläuterungen des ALR., 7. Ausgabe, Bd. 4 S. 608) formulierte, „über den Sinn und die Bedeutung des § 10 II 17“ Gedanken zu machen und an Hand der Sprüche des neuen Gerichtshofes eine Dogmatik dieses Generalsatzes anzubauen. Aber auch das blieb ziemlich im Verborgenen und stand unter dem Zeichen sichtlicher Zurückhaltung.

Heute aber sind exceptio doli generalis („Treu und Glauben“) und „10 II 17“ (jetzt § 14 im neuen Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931; vgl. auch § 79 II a) schlechthin sprichwörtlich geworden. Jeder Examenskandidat kennt sie und führt sie unablässig im Munde. Die Praxis ist überflutet von ihnen, die Theorie kommt kaum noch mit.

2. Das *Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches* hat sich auch hier wieder als Markstein erwiesen. Als ich im Jahre 1913 bei einem staats- und rechtswissenschaftlichen Fortbildungskursus in Jena meine (im Druck erschienenen) Vorträge über „Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht“ hielt, prägte ich die Sätze: „Jeder Praktiker weiß, daß das Los der einzelnen Paragraphen unserer Zivilrechtskodifikation ein sehr verschiedenes geworden ist. Es gibt *Könige* darunter, aber daneben viele, viele unbeachtete *Bettelleute*. Ganze Hunderte von Paragraphen spielen überhaupt kaum eine Rolle. Sie leben im Verborgenen wie der arme Mann. Sie müssen es dulden, daß einige wenige über sie emporragen. ... Was wollen z. B. 100 Paragraphen aus einer Ecke des Erbrechts gegen die eine königliche Regel, daß alle Verträge unter das Zeichen von *Treu und Glauben* gestellt sind?“ (S. 9). — Da sind sie, die seitdem sprichwörtlich gewordenen *königlichen Paragraphen:*

§ 157: „Verträge sind so *auszulegen*, wie *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

§ 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung *so zu bewirken*, wie *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte er erfordern.“

§ 826: „Wer in einer *gegen die guten Sitten* verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.“

§ 226: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, *einem anderen Schaden zuzufügen*.“

Einige weitere, weniger wichtige, z. B. § 138 oder die Regeln von der Kündigung aus „wichtigem Grunde", werden noch im folgenden herangezogen werden.

Die *Karriere dieser neuen Generalklauseln* ist verschieden gelaufen. Ziemlich abgefallen ist § 226, hinter dem man beim Inkrafttreten der Kodifikation gerade besonders viel gesucht hatte. Seine Anwendung ist matt und überaus selten geblieben. Auch § 157 ist langsam etwas zurückgetreten. Er führt jetzt ein doppeltes Dasein, einmal als ein solides Inventarstück der Auslegungslehre, sodann, etwas häufiger und wichtiger, als getreuer Trabant des § 242. So blieben als Hauptaspiranten § 826 und § 242. Zwischen ihnen ist es zum *Wettlauf* gekommen.

Lange schien es, als würde *826* das Rennen gewinnen. In der Tat war seine Laufbahn glänzend. Er wurde nach und nach zum *Korrektiv* für alle möglichen Abschnitte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Da war der *Vertragsbruch*. Die Partei selbst konnte, wenn sie vertragsbrüchig wurde, genugsam aus dem Vertrage heraus belangt werden. Aber gegen den Anstifter, der von außen kommt, schien es keine Waffen zu geben. Flugs raffte man sein Schifflein mit dem Enterhaken des § 826 dahin. Da war das *Nachbarrecht*. Gerade bei ihm hatte man, teils im BGB., teils im weitergeführten Landesrecht, eine einzigartige, überhäufte Kasuistik getrieben. Aber es kamen doch Fälle vor, die von keiner dieser vielen Einzelregeln gedeckt wurden. § 826 trat in die Bresche. Da war der *Verlöbnisbruch*. Braut und Bräutigam stehen bereits nach den Regeln des Verlöbnisrechtes genügend unter Druck. Wie aber, wenn der Brautvater in tückischer Weise das Verlöbnis auseinandersprengt? Wie kann man *ihn* auf Schadensersatz belangen? Ein Reichsgerichtsurteil greift nach § 826. — Dieser Paragraph ist sogar weit *über den Rahmen des BGB. hinaus* wirksam geworden, ein erstes Beispiel für das „Weiterwandern", das „Weiterfressen", das gerade ein Spezifikum der Generalklauseln zu sein scheint. Da treffen wir ihn vor allem als mächtigen Regulator in der jungen Materie des *Arbeitsrechts*. Eine vollkommen neue und eigenartige Lehre über Streik, Aussperrung

und Boykott ist aus ihm herausgewachsen: Grundsätzlich sollen sie erlaubt sein, diese wirtschaftlichen Kampfmittel, aber mit der doppelten Schranke, daß keine unlauteren Mittel verwandt werden dürfen und daß der Kampf nicht auf volle Existenzvernichtung des Gegners abgestellt sein darf. Und, das *Kartellrecht* gleich mitumfassend, heißt es bereits 1902 beim Reichsgericht in klarer Generalisierung: „Der § 826 BGB. bietet ein Mittel, um Ausschreitungen und Auswüchsen des gewerblichen Wett- oder Lohnkampfes entgegenzutreten, wo sonst hierzu die straf- und civilrechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht ausreichen würden" (Bd. 51 S. 384). Da ist weiter § 826 tief in das Recht des *gewerblichen Rechtsschutzes* eingedrungen, worauf zurückzukommen sein wird (S. 20). Da ist sogar der sonst so spröde *Zivilprozeß* nicht von den Einwirkungen des § 826 verschont geblieben: als es galt, an Hand eines viel erörterten Prozeßfalles der erschlichenen Rechtskraft entgegenzutreten, wurden rasch genug die formalen Bedenken der Prozessualisten mittels § 826 niedergeschlagen (unten Ziff. 7). — Blickt man zurück auf die *Entstehungszeit des BGB.* und vergleicht damit die geschilderten (durchaus nicht erschöpfend geschilderten) Ergebnisse, so sieht man zu seiner Verblüffung, daß *niemand auch nur entfernt geahnt hat,* welche Entwicklungskraft in diesem § 826 stecken könnte. Man faßte ihn damals, 1900, nur als ein Stück Abrundung des Systems der actiones ex delicto auf. Im Plenum des Reichstages ist er debattelos angenommen worden! Das kann man wirklich „Karriere" nennen.

Trotzdem ist der § 826 im letzten Jahrzehnt durch § 242 überboten worden. Diese Regel von „*Treu und Glauben*" wurde auch bereits in der Entstehungszeit mehr beachtet, es ergab sich von selbst die Anknüpfung an die bona-fides-Lehre und alten kaufmännischen Brauch, der schon seit Jahrhunderten gelegentlich mit der Formel „Treu und Glauben" in Gesetzestexten vorgeführt worden war (z. B. in dem Edikt Friedrich Wilhelm I. wider die Banqueroutierer vom 20. Mai 1736, Corp. Const. March. II, 2 S. 255). Auch die wissenschaftliche Bearbeitung hat gleich

nach Inkrafttreten des BGB. eingesetzt. Schon 1902 veröffentlichte der Oberlandesgerichtsrat *Schneider* sein Buch „Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse“. Im gleichen Jahr verwertete *Stammler* in seiner „Lehre vom richtigen Recht“ weithin sichtbar die Formel „Treu und Glauben“, zugleich mit dem „Mißbrauchsverbot“ des Familienrechts (BGB. §§ 1354 II, 1357 II, 1666) und dem an verschiedenen Einzelstellen vorkommenden „billigen Ermessen“. Auch *Staub* tat bereits 1902 in der Deutschen Juristen-Zeitung (S. 24) einen kurzen Griff nach 157 und 242. Und *Wendt* veröffentlichte 1906 im 100. Bande des Archivs für die Civilistische Praxis auf über 400 Seiten seine Untersuchungen darüber, ob neben dem neuen Begriff von „Treu und Glauben“ noch Platz und Bedürfnis für die exceptio doli generalis sei. Das Generalklausel-Gefühl ist dabei deutlich spürbar. Nicht nur, daß Schneider für § 242 gelegentlich den Namen Generalklausel ausdrücklich verwendet hat, sondern in einem der neuen Lehrbücher von damals (das allerdings inzwischen fast der Vergessenheit verfallen ist) war geradezu zu lesen, der § 242 sei „gewissermaßen *eine Ergänzung zu jeder Bestimmung des Gesetzes oder Rechtsgeschäfts*, damit, wenn der gewählte Ausdruck mangelhaft sein sollte, den Parteien kein Nachteil daraus erwachse“ (Goldmann-Lilienthal, 2. Aufl., S. 292). Daß dann im Jahre 1912 eine scharfe, der Zeit vorauseilende Opposition durch *Henle* eingesetzt hat, wird später zu behandeln sein.

Die *Praxis* hat dagegen auch dem § 242 gegenüber auffallende Zurückhaltung bewiesen. Anfänglich waren die Fälle seiner Verwendung dünn gesät, und inhaltlich handelte es sich jahrelang um ein mattes Herantasten an den neuen Paragraphen. Er kommt zum ersten Male im 48. Bande vor. Dann vier Bände lang nichts von ihm. Dann eine Verwertung im 53. Bande. Dann wieder drei Bände nichts. Allmählich wird § 242 etwas häufiger. Aber man hält ihn in der normalen Bahn gewöhnlicher Auslegung fest. Jede darüber hinausgehende, ins Schöpferische führende Verwendung wird ängstlich abgelehnt. Als *Hachenburg* — die spätere Entwicklung vorausahnend — gegen den Stimmrechtsmißbrauch

im Aktienwesen (richtiger: im Recht der G. m. b. H.; Leipz. Z. 1907, S. 460 ff.) vorgegangen war und eine Bekämpfung mittels „Treu und Glauben" vorgeschlagen hatte, hielt dem das *Reichsgericht* im Jahre 1912 entgegen:

> „Vor allem müßte ein *so dehnbarer*, auf das Ermessen und die Billigkeit abgestellter Satz in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens — [und nun leuchtet die ganze Problematik unseres Themas auf] — *die größte Unsicherheit* hineintragen. Dies um so mehr, als über Tatsachen, die den Gebrauch als Mißbrauch erscheinen lassen, überaus häufig Streit herrschen wird. Gerade in der Frage der Stimmenthaltung sind klare und scharfe Grenzlinien für die Praxis unentbehrlich" (Bd. 81 S. 40).

Und als ich ein Jahr später die erwähnten Vorträge über „Werden und Wachsen" hielt und in jugendlicher Begeisterung die „königlichen Paragraphen" pries, hielten mir in ernstem Zwiegespräch zwei hohe Richter aus Naumburg die großen Gefahren einer solchen „Treu-und-Glaubens-Jurisprudenz" entgegen: Begäbe man sich erst auf diese Bahn, so käme man rasch ins Gleiten, und dann gäbe es kein Halten mehr.

3. Inzwischen aber bereitete sich doch schon die *Wendung* vor. Es sind vornehmlich *zwei Akte* gewesen, die — unabhängig voneinander und in ihrem Wesen ganz verschieden — dem § 242 Flügel für die Fahrt *ins Land der unbegrenzten Möglichkeiten* verliehen haben. Das ist einmal die Freirechtsbewegung der Vorkriegszeit und sodann der Aufwertungskampf der Nachkriegszeit.

Die *Freirechtsbewegung* — 1906 mit der kleinen Schrift von Hermann Kantorowicz „Der Kampf um die Rechtswissenschaft" einsetzend, seit 1909 namentlich von dem Karlsruher Anwalt Ernst Fuchs vorgetragen, dann in eine extreme und eine gemäßigte Richtung auseinandergehend — hat sich ganz sicher auf der Linie *von der Gebundenheit zur Beweglichkeit*, von der Wortstrenge zur freien Auslegung, von dem strikten engen Einzel-

paragraphen zum Richterkönigtum bewegt. Gerade weil aber diese „Schule“ (was ihre Gegner oft verkannt haben) den Richter durchaus nicht aus dem Rahmen der *Verantwortung* entlassen, sondern ihn doch eben unter höhere Richtlinien stellen wollte, mußten ihr die *Generalklauseln* mit ihrem ethischen Einschlag als Ideal erscheinen. Rückblickend schrieb in seiner übertreibenden Schärfe Ernst Fuchs im Jahre 1926:

> „Gut ist das BGB. nur an einer einzigen Stelle, nämlich da, wo es mit seiner abstrakten Kasuistik Halt macht und lediglich einen Wegweiser hinstellt. Er trägt die Aufschrift: Eingang zum freien Rechtsmeer der Verkehrsbedürfnisse. *Es ist der § 242.* Dieser »königliche« Paragraph, der auch die §§ 157, 138, 226, 826 schon in sich birgt, erwies sich in der Folge als der archimedische Punkt, von dem aus die alte juristische Welt aus den Angeln gehoben wurde“ (Justiz, Jahrg. 1 S. 349).

Hier ist die Zusammenpressung des ganzen Rechtslebens in einigen wenigen Generalklauseln geradezu zum Prinzip erhoben. Aber immer geht damit Hand in Hand die Behauptung, daß der „*gesetzliche Boden*“ eben doch nicht verlassen würde, weil die zitierten Paragraphen, die alles weitere trügen, dem Gesetzestexte angehörten (Justiz, Jahrg. 3 S. 290). In der Tat beginnt jetzt, mindestens zeitlich mit dem Vordringen der Freirechtsschule zusammenfallend, *die Blütezeit der §§ 157, 242, 826.* Die Scheu, fast könnte man sagen die Scham, die bisher gegenüber einer Verwendung dieser Gesetzesbestimmungen bestanden hatte, nahm schnellstens ab. Es fängt die *Mode* an, alles und jedes, was man zu sagen hat, mit „Treu und Glauben“ oder den „guten Sitten“ zu verbrämen.

Der *Aufwertungskampf* der Jahre 1923 ff., für den Juristen, der ihn erlebt hat, ein unvergeßliches dramatisches Schauspiel, läßt den Gegensatz zwischen ius strictum und aequitas im grellsten Licht erscheinen. Das ius strictum wurde dabei durch das Währungsgesetz dargestellt: Mark gleich Mark. Die aequitas erhob immer mächtiger ihre Stimme in dem Millionenchor der

„entrechteten“ Gläubiger. Die Gerichte hatten zunächst mit anderen Mitteln versucht, der Geldentwertung Herr zu werden, mit der Clausula rebus sic stantibus, mit der Lehre von der „überobligationsmäßigen Kraftanstrengung“, mit der Formel der „*Nichtzumutbarkeit*“. Zuletzt aber strömte alle judizielle Kraft dem § 242 zu: *Treu und Glauben.* Damit hat man denn auch, wie ich in meinem Buche „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht“ des Näheren geschildert habe (namentlich S. 184 ff.), das Währungsgesetz aus den Angeln gehoben, ein Vorgang von unerhörter Tragweite, das Überbordwerfen eines der grundlegendsten öffentlich-rechtlichen Gesetze mittels der zivilrechtlichen Generalklausel des § 242.

4. Seitdem haben wir eine wilde *Hochkonjunktur des § 242.* Braucht es weiterer Beispiele? Sie füllen die Kommentare, sie durchziehen in Schwärmen die Spruchsammlungen der Gerichte. Kein Band der Reichsgerichtsentscheidungen, der nicht mit mindestens einem halben Dutzend seiner Urteile das bestätigte. Eifrige Schriftsteller sind schon ans Werk gegangen, diese Mengen von Urteilen über Treu und Glauben in einem ganzen Buche zusammenzustellen (Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr, 1930; ich selbst bin darauf, und auch auf die folgende Erscheinung, in dem Schlußabschnitt des erwähnten Buches „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht“ eingegangen).

Daneben steigt auch die Kurve anderer, verwandter Generalklauseln steil empor. Die *Exceptio doli generalis* hat sich, entgegen der deutlichen Ablehnung in der Entstehungszeit des BGB. (Protokolle 1 S. 238 ff.), entgegen auch dem anfänglichen Widerstand im Schrifttum (Schneider gegen Wendt), längst einen festen Platz im System des Zivilrechts und die Gleichberechtigung neben 242 erworben. Zwar kann man bei einer ganzen Reihe von Schriftstellern auch heute noch lesen, daß die exceptio doli generalis zu verwerfen sei. Aber dabei handelt es sich um nicht viel mehr als das Weiterschleppen eines alten, literarisierten Widerstandes. Und jedenfalls ist die *Praxis* daran kühl vorübergegangen. Das Reichsgericht, im Monat Juni des Jahres 1904 noch schwankend (Bd. 58 S. 356), wirft sich schon im September des gleichen

Jahres der Möglichkeit in die Arme, neben die §§ 157, 242, 826 usw. eine allgemeine, wenn auch an den „Hinzutritt besonderer Umstände“ gebundene *Einrede der Arglist* zu stellen (Bd. 58 S. 429). Fünf Jahre danach ist der höchste Gerichtshof schon so weit, daß er eine *Rückschau* auf das Erreichte zu geben vermag (Bd. 71 S. 432). Später läßt er dann sogar das Subjektivum der besonderen Arglist fallen und betrachtet einen bloß objektiven Verstoß eines Klägers gegen sein früheres Verhalten als ausreichend, um dem Beklagten den „im BGB. *stillschweigend anerkannten*“ Einwand der Arglist zu geben (Bd. 108 S. 110). Usw. Wiederum also ein glänzender *Siegeszug einer halb schon preisgegebenen Generalklausel.* Übrigens hat die neuerstandene exceptio doli generalis ganz ebenso wie „Treu und Glauben“ bereits ihren Biographen und Dogmatiker gefunden (Willy Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Frankfurter Dissertation 1926; vgl. auch die unten beim Prozeßrecht genannte Dissertation von Martin Tamm).

Der „*wichtige Grund*“ als Mittel, die verschiedensten Verträge aufzulösen, ist mit Siebenmeilenstiefeln vorgedrungen. Teils sitzt er schon fest in eroberten Stellungen, teils steht er noch draußen und meldet, mit dem deutlichen Ton der Generalisierung, seine Forderungen an. Man darf es gewiß als einen entwicklungsgeschichtlichen Vorgang erster Ordnung bezeichnen, daß der erste in Europa gemachte Versuch, der neuen und schwierigen Materie des *Kartellrechts* Herr zu werden, sofort mit der Generalformel der Kündigung aus wichtigem Grunde eingesetzt und dies zum Kernstück — der privatrechtlichen Hälfte des Kartellrechts — gemacht hat (deutsche Kartellverordnung vom 2. November 1923, § 8). Eindrucksvoll auch das *Mietsrecht* in seiner neuen Nachkriegsgestaltung. Was da im Gesetzestext steht, ist geradezu ein Musterbeispiel für verkrampftes Festhalten an den ängstlich ziselierten Einzeltatbeständen, also das genaue Gegenteil zur Generalklausel (Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923, Fassung vom 17. Februar 1928, §§ 2—4). Aber stellenweise blitzt doch schon die Generalisierung durch („schwere Unbilligkeit für den Vermieter“

im § 4), und jetzt, wo daran gedacht wird, das ganze Zwangsmietrecht fallen zu lassen, aber gleichzeitig das Mietsrecht des BGB. zu reformieren, mehren sich die Stimmen, die (bei gewissen Mietsverhältnissen) das Kündigungsrecht des Vermieters kurzerhand auf dem „wichtigen Grunde" (oder auf „Treu und Glauben") aufbauen wollen. Ja, es ist sogar schon in einer eindrucksvollen Studie des Königsberger Oberbürgermeisters Dr. Dr. h. c. Lohmeyer der Versuch gemacht worden, die einzelnen Rechtsgebiete, die mit der Kündigung aus wichtigem Grunde arbeiten, also Kartellrecht, Mietsrecht, Arbeitsrecht (BGB. § 626, HGB. § 70), Gesellschaftsrecht (BGB. § 723, HGB. § 133) usw. zusammenzuziehen und darüber hinaus *ganz allgemein* die These aufzustellen, „daß sowohl auf dem Gebiete des Privatrechts als auch des Verwaltungsrechts (!) *der Rechtssatz gilt, daß ein Rechtsverhältnis aus »wichtigem Grunde« vorzeitig aufgehoben werden kann*" (DJZ. 1929 Sp. 1592 ff.; vgl. dazu auch unten in Ziff. 16).

Dazu tritt die erstaunliche *Mitwirkung der Wissenschaft*. In den vorhergehenden Beispielen ist sie schon spürbar. Weitere Beispiele, beliebig herausgegriffen, sollen zeigen, wie immer dann, wenn man an einer bestimmten Stelle nicht weiterkommt, *der Griff nach Treu und Glauben* oder auch nach den „guten Sitten" usw. erfolgt. — Da haben wir die sog. *gemischten Verträge*. Was soll man mit ihnen machen? Schöne Theorien sind entworfen worden, die Absorptionsmethode, die Kombinationsmethode, die Emanzipationsmethode. Aber, wann soll nun die eine, wann die andere angewandt werden? Dafür gibt es keine festen Einzeltatbestände: „Je nach der Sachlage wird das eine oder andere Verfahren den Vorzug verdienen, das Endziel muß immer die Gewinnung einer Norm sein, *die dem § 242 entspricht*." So der Tübinger Gelehrte Philipp Heck in seinem Grundriß des Schuldrechts (1929, S. 244). — Da haben wir den *Vermögensverfall beim gegenseitigen Vertrag*. Gewiß, der Vorleistungspflichtige bekommt schon aus dem Gesetz heraus die preisgegebene exceptio non impleti contractus wieder, „wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine

wesentliche Verschlechterung eintritt“ (§ 321). Doch nun ist er am Vertrage festgeklebt: er braucht nicht zu leisten, aber der andere Teil leistet auch nicht. Flugs wird ihm mit dem Zauberstab des § 242 ein Rücktrittsrecht hervorgezaubert, von dem im Gesetzestext kein Wort steht: „Dieser Schwebezustand muß irgendeinmal ein Ende nehmen. Man wird dem Vorleistungspflichtigen das Recht einräumen müssen, vom Vertrage zurückzutreten. Dieses Rücktrittsrecht läßt sich aus § 242 ableiten, da es *mit Treu und Glauben nicht vereinbar* wäre, daß der Vorleistungspflichtige dauernd im Ungewissen darüber bleiben sollte, ob er seine Leistung noch bereitzuhalten hat oder nicht.“ So, neben anderen, der Staudingersche Kommentar. — Da haben wir das Problem der *begrenzten Gattungsschuld:* Fünf Gläubiger, aber der Vorrat, den der Schuldner hat, reicht nicht für alle. Das alte Dogma lautet auf Prävention: der Gläubiger, der sich zuerst meldet, wird voll befriedigt, die anderen haben das Nachsehen. Ist das erträglich? Anscheinend nicht, darum wird die alte Lehre mit § 242 zu Boden geschlagen. Die Gläubiger müssen sich Verteilung gefallen lassen, jeder bekommt nur eine „Quote“. Begründung: „Es handelt sich um die alte Weisheit, daß *das Prinzip von Treu und Glauben* sich im Einzelfall so gut gegen den Gläubiger wie gegen den Schuldner wenden kann. *Ob und in welchen Fällen* aber der Schuldner zu verteilen hat, das läßt sich überhaupt aus keinem Paragraphen herauslesen, sondern nur aus Treu und Glauben und der Verkehrssitte folgern.“ So der Frankfurter Professor de Boor in seinem Buche über die Kollision von Forderungsrechten (1928, S. 140), wobei dann allerdings das zweite Element des § 242, die Verkehrssitte, im weiteren Fortgang „Treu und Glauben“ überschattet.

Diese Belege aus dem zeitgenössischen Schrifttum ließen sich zu einer großen Anzahl steigern. Immerhin bleibt es dabei, daß das *Schwergewicht der Entwicklung bei der Judikatur, nicht bei der Literatur* gelegen hat und liegt.

5. Die Generalklauseln, die 1900 mit dem BGB. ins Leben getreten sind, haben sich nicht auf das Gebiet dieser Kodifikation



beschränkt. Sie sind auf die *Nachbargebiete* vorgedrungen. Daß dies in hohem Grade bei § 826 zur Tat geworden ist, wurde schon gezeigt (S. 7). Hier soll der Faden fortgesponnen werden.

Geradezu spielend leicht ist den Generalklauseln des BGB. die *Eroberung des Arbeitsrechts* gefallen. Vielleicht darf man sogar sagen, daß das Reichsarbeitsgericht — der jüngste unserer höchsten Gerichtshöfe — den Rekord in der Verwendung von „Treu und Glauben" und „guten Sitten" geschlagen hat. Wie eine Selbstverständlichkeit und ein festes judizielles Dogma wird es z. B., gestützt auf vorangegangene andere Entscheidungen, im Jahre 1931 hingestellt, „daß auch die Kündigung eines Vertragsverhältnisses *ebenso wie alle anderen Handlungen und Rechtsakte* im Hinblick auf Beweggrund und Zweck den §§ 134, 138 und 826 BGB. unterliegt" (JW. 1932, S. 2826). Und nun die Fülle der Einzelanwendungen. Ein junger Doktorand hat gelegentlich ausgezählt, wie oft in den ersten fünf Bänden der bekannten Bensheimer-Sammlung die §§ 157 und 242, also Treu und Glauben, vorkommen: Wachstum mit jedem Bande (Haneke, Die Pflicht zur Ersatzarbeit, Jenaer Dissertation 1932, S. 29 Anm.). Eine andere Schrift trägt alles zusammen, was die arbeitsrechtliche Rechtsprechung mit den „guten Sitten" bemeistert hat (Oettinger, Hamburger Rechtsstudien, Heft 9, 1931). Das bleibt dann auch nicht auf diejenigen arbeitsrechtlichen Vorgänge beschränkt, die ihrem Wesen nach zivilrechtlich sind. Das Arbeitsrecht ist ja das Gebiet, wo unversehens das Zivilrecht ins öffentliche Recht übergeht. Was liegt näher, als daß gerade hier „Treu und Glauben" und „gute Sitten" sachte in die öffentlich-rechtlichen Partien hinübergleiten. Da ist die *Betriebsräteorganisation* geschaffen ganz unter dem Zeichen der Machtverteilung, noch leise angeweht von dem „politischen" Rätesystem, jedenfalls aber aufgefaßt als Grundstein der „Wirtschaftsdemokratie". Das ist kein Zivilrecht alten Stiles mehr. Auch jene *Auskunftspflicht*, die den „Räten" gegenüber besteht, durch ein kleines Sondergesetz auf die Bilanzen erstreckt (BRäteG. § 72 und Gesetz über die Betriebsbilanz vom 5. Februar 1921), ist es nicht. Aber wo liegen nun die Grenzen

dieser Auskunftspflicht? Nur die Negative geht klar aus dem Gesetz hervor: keine Schädigung der Betriebsgeheimnisse. Im übrigen ein beliebtes Feld des Streits und des betriebswirtschaftlichen Kleinkampfes. Das Reichsarbeitsgericht, von Parteianträgen gedrängt, ringt nach Klarheit. Ein sehr langatmiger Beschluß trägt alles zusammen, was etwa der Entstehungsgeschichte und den Texten entnommen werden könnte, um schließlich das ganze mühsam zusammengetragene Material in die Formel umzugießen, „daß die Auskunft alles das umfassen muß, was dem Arbeitgeber zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats *nach Treu und Glauben im Verkehr* unter gleichzeitiger Wahrung des Betriebsgeheimnisses *zugemutet* werden kann" (Beschluß vom 26. Februar 1930, u. a. Reichsarbeitsblatt 1930 I S. 117). Noch schwerwiegender aber, obwohl in der Literatur kaum beachtet und wiederum gleich einer Selbstverständlichkeit hingenommen, ist das Eindringen des § 242 in die Welt der *Tarifverträge.* Daß § 242 nur auf Individualverträge gemünzt war, wie man ihn schuf, unterliegt keinem Zweifel. Mag man nun noch so sehr das Zustandekommen des Tarifvertrags mit dem gewöhnlichen Vertragsschluß des alten Obligationenrechts vergleichen und den „obligatorischen" Teil vom „normativen" sondern, es bleibt doch bestehen, daß auf diesem obligatorischen Wege eben nicht nur Recht im subjektiven, sondern auch Recht im objektiven Sinne geschaffen wird, daß (entgegen der vereinzelten Lehrmeinung Jacobis) der Tarifvertrag zu den „Rechtsquellen" gehört, neben dem Gesetz rangiert. Und nun werden *die Faktoren, die derart objektives Recht erzeugen, in ihrem Wechselspiel unter das Zeichen von Treu und Glauben gestellt,* jedem von ihnen z. B. ein Kündigungsrecht (Lossagungsrecht) wegen „*Nichtzumutbarkeit*" aus § 242 BGB. zugeleitet. Tausende Einzelne stehen draußen, ihr subjektives Recht fußt auf dem Tarifvertrag. Plötzlich bricht er zusammen, weil in das — ihnen nicht sichtbare — Verhältnis zwischen den beiden „Gesetzgebern" vom Zivilrecht her Treu und Glauben hineingetragen worden ist. Wie wäre es, auch *das Verhältnis zwischen Reichstag und Kabinett* in den Zeiten der „Er-

mächtigungslegislative“ oder gar *das Verhältnis zwischen dem Reichspräsidenten und dem Parlament oder der Regierung* bei der gegenwärtigen Notgesetzgebung unter das Zeichen der „Nichtzumutbarkeit“ zu stellen und jeder von beiden „Parteien“ ein Lossagungsrecht nach Treu und Glauben einzuräumen?

Sodann das bunte *Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes*, Patentrecht, Gebrauchsmusterschutz, Warenzeichenrecht usw. Auch hier wieder eine eindrucksvolle, das letzte halbe Jahrhundert erfüllende Entwicklung. Es handelte sich ja so recht um ein Gebiet der *Sondertatbestände*, darin stellenweise dem Strafrecht (nachfolgend Ziff. 11) verwandt. Der Schutz war kräftig ausgebaut. Aber er reichte nicht. Als z. B. die Grammophonplatten ihren Siegeszug angetreten hatten, konnte es nicht ausbleiben, daß eines Tages ein findiger Kopf eine Methode erfand, durch Abguß die Platten einer anderen Firma bequem und billig für seinen eigenen Handel zu vervielfältigen. Dagegen gab es, wie das Reichsgericht 1910 feststellen mußte, „nach dem Stande der jetzigen Gesetzgebung“ *keinen* Schutz in den Sondergesetzen. Aber sofort wurde § 826 in Marsch gesetzt (Bd. 73 S. 296). Übrigens konnte damals schon das Reichsgericht auf eine ständige Rechtsprechung zurückblicken, wonach „durch die bestehenden Sondergesetze die Anwendung der Vorschriften des BGB., die den Schutz gegen illoyale Handlungen im Verkehrsleben bezwecken, insbesondere des § 826, nicht ausgeschlossen wird“. Daß seitdem eine lange Reihe von Judikaten gefolgt sind, die die Eroberung auch des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Generalklausel des BGB. immer fester verankert haben, weiß jeder Kenner oder Praktiker der Materie.

6. Gerade hier kann man nun aber auch einen zweiten Vorgang beobachten, der dem ersten gewissermaßen zuwiderläuft, nämlich *die Emanzipation der Sondergebiete* vom allgemeinen bürgerlichen Recht: sie gehen dazu über, *sich eigene Generalklauseln einzuverleiben.*

Typisch für den *Übergang* sind die (dem gewerblichen Rechtsschutz besonders nahestehenden) *urheberrechtlichen Gesetze.* Man war sich klar bei ihrer Erschaffung, daß die hier geschlossenen

Verträge unter der Obhut des allgemeinen bürgerlichen Rechts stünden und daß deshalb auch 157 und 242 mit ihrer Verweisung auf Treu und Glauben (und die Verkehrssitte) anzuwenden seien. Man hat das auch, wie die Kommentare zeigen, an einer ganzen Reihe von Kollisionspunkten durchexerziert, so bei der Regulierung einer etwaigen Preiserhöhung bei schwebendem Verlagsvertrag (Verlagsgesetz § 21), bei der Kündigung eines solchen Vertrags wegen Zweckwegfalles (§ 18), bei dem Streit, ob das abgelieferte Werk „vertragsmäßige Beschaffenheit" habe (§ 31) und bei der den Verfassern auferlegten Pflicht, dem eigenen Verleger keine Konkurrenz zu machen (übrigens hatte zu dieser letzteren Frage die Begründung ausdrücklich gesagt, „daß der Verfasser nicht mit dem Verleger bezüglich des Werkes in einen gegen *Treu und Glauben* verstoßenden Wettbewerb treten dürfe", S. 87). Aber nun hat man es doch für gut befunden, an einer einzelnen, freilich nicht sehr gewichtigen Stelle, die eben im BGB. aus der Taufe gehobene Treu-und-Glaubens-Formel *auch in den Sondergesetzen selbst niederzulegen.* Und zwar als man 1901 und 1907 in die Texte ein — im alten Literaturschutzgesetz von 1870 (§ 3) noch nicht enthaltenes — Änderungsverbot einstellte: der Erwerber eines Urheberrechts an Literatur- und Tonwerken (LitUrhG. § 9), der Verleger eines solchen Werks (Verlags G. § 13) und ebenso der Erwerber eines Urheberrechts an Werken der bildenden Kunst (KunstUrhG. § 12) dürfen grundsätzlich an dem ihnen überlassenen Geistesgut keine Änderungen vornehmen, aber *an allen drei Stellen* ist der Zusatz gemacht: „Zulässig sind Änderungen, für die der Berechtigte seine Einwilligung *nach Treu und Glauben* nicht versagen kann." War man sich auch unter den Kommentatoren einig, daß „diese Vorschrift eigentlich nur eine spezielle Anwendung des Grundsatzes, den § 157 BGB. aufstellt, enthält" (Philipp Allfeld), so hatte doch *erstmalig eine Generalklausel des BGB. im Text eines benachbarten Sondergesetzes Boden gefaßt.*

Viel eindrucksvoller tritt das dann bald darauf (1909) *im Bereich des unlauteren Wettbewerbs* in Erscheinung. Die *erste* Fassung

des Wettbewerbsgesetzes von 1896 stand dem Generalklauselgedanken noch gänzlich fern. Sie arbeitete ausschließlich mit *Spezialtatbeständen.* Die Parallele zum Strafrecht ist hier besonders deutlich. Aber wie auf so vielen Gebieten: das reichte nicht. Schon 1901 holt das Reichsgericht auch auf dieses Gebiet den § 826 aus dem BGB. herüber. Aber nun reichte auch das nicht! Oder aber man wollte eben nicht von dem ausgeborgten Paragraphen der Zivilrechtskodifikation abhängig sein. So endet schließlich im Jahre 1909 die Revisionsarbeit damit, daß jetzt im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die *eigene* Formel an die Spitze gestellt wird: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die *gegen die guten Sitten verstoßen,* kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden", — eine Generalklausel *κὰτ ἐξοχήν,* bewußt als solche von den Verfassern des neuen Gesetzes herausgestellt: die Generalklausel „*beherrscht das ganze Gesetz*", so stand es im Kommissionsbericht zu lesen. Und was wird, fragen wir unwillkürlich, aus jenen Spezialtatbeständen? Darauf gibt ein erster Kenner der Materie, der Berliner Rechtsanwalt und Professor Hermann Isay die Antwort: „Würde die Entwicklung so weiter gehen wie bisher, so würden *fast alle Sonderbestimmungen der verschiedenen Gesetze* über das gewerbliche, das geistige und das künstlerische Eigentum *überflüssig werden* und man würde in Zukunft unter Abschaffung des Urhebergesetzes, des Kunstschutzgesetzes, des Warenzeichengesetzes, des Patent-, des Gebrauchsmuster- und Geschmackmustergesetzes nunmehr *mit einer einzigen Vorschrift auskommen:* dem § 1 UWG." (GRUR. 1928, S. 71)!

Es mag noch bemerkt werden, daß der § 826 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich aus der eroberten Position doch nicht hat völlig verdrängen lassen. Er hat sich gewissermaßen dem neuen Sonderparagraphen an den Schweif geheftet, und so stehen denn § 826 BGB. und § 1 UWG. seit über zwei Jahrzehnten wie unzertrennliche, selten auseinandergehende Geschwister nebeneinander. Sie haben in dieser Dioskurenrolle auch wieder bereits ihren Bio-

graphen gefunden (Siegfried Grünebaum, Deutsches Richterrecht, eine Untersuchung auf Grund § 826 BGB. und § 1 UWG., 1932).

7. Genau parallel dazu scheint sich *ein wichtiger Sonderabschnitt des Handelsrechts* entwickeln zu wollen. Bei der besonders nahen Verwandtschaft des Handelsrechts mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht kann das Übergreifen der Generalklauseln des BGB. wiederum nicht wundernehmen. An einer bestimmten, weithin sichtbaren (bei der heute schwebenden „Reform" im Vordergrund stehenden) Stelle ist nun aber auch der gleiche „Emanzipationsdrang" zu beobachten wie im Gebiet des unlauteren Wettbewerbs.

Es ist das der *Stimmrechtsmißbrauch im Aktienrecht.* Davon sind seit langem die Tageszeitungen erfüllt, auch die rechtswissenschaftliche Literatur setzt sich seit mehreren Jahren mit diesem Fragenkreis auseinander, nicht minder ist die Judikatur in steigendem Maße zur Auseinandersetzung mit den verschiedenen hierher gehörigen Erscheinungen gezwungen worden. Zunächst marschieren dabei wiederum *alle unsere BGB.-Generalklauseln* auf: 242, 157, 138, 826; sogar 226 ist verschiedentlich erwähnt worden. Wir sprachen schon von Hachenburgs 1907 gemachtem Vorschlag, die Abstimmung in den Gesellschaften unter das Zeichen von *Treu und Glauben* zu stellen (oben S. 9). Das hat sich bis in unsere Tage fortgesponnen. Z. B. bei Friedländer, der § 157 und § 242 auch auf die Generalversammlungsbeschlüsse der *Konzerne* übertragen wissen will (Konzernrecht, 1927, S. 291). Oder in der Schrift des Bremer Rechtsanwalts Lifschütz (1931), der für die Neukodifikation des Aktienrechts den Satz vorschlägt: „Als Mißbrauch seiner Rechte ist es anzusehen, wenn ein Aktionär dieselben in einer mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Art und Weise benützt." Andererseits hat es nicht an Gegnern gefehlt. Aber sie bekämpfen die Verwendbarkeit der beiden Treu-und-Glaubens-Paragraphen zumeist aus rein konstruktiven Gründen — 157 passe nicht, weil es sich um keine „Auslegungsfrage" handle, 242 passe nicht, weil das Stimmrecht ein Herrschaftsrecht und nicht eine Leistung

innerhalb eines Schuldverhältnisses sei — und verkennen damit die entwicklungsgeschichtliche Größe des Problems. Das *Reichsgericht* hat, wie wir gleichfalls schon erwähnten, von „Treu und Glauben" nichts wissen wollen (gegen Hachenburg). Dafür aber hat es sich auf diesem Gebiet mehr und mehr den „guten Sitten" in die Arme geworfen. Es interessiert hier weniger die Kollision der so entstehenden „Nichtigkeit" mit den handelsrechtlichen Sondervorschriften über „Anfechtung" (Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, 1924) als die klar hervortretende Tatsache: auch das Reichsgericht hat kapitulieren und den *Weg zur Generalklausel* beschreiten müssen. Daß es eine Kapitulation war, ist außer Zweifel. Denn in dem berühmten Hiberniaprozeß, dem ersten, in dem die eine Partei (die Minderheit) der anderen (der Mehrheit) „sittenwidrigen" Stimmrechtsmißbrauch vorwarf, hat im Jahre 1908 das Reichsgericht noch klar und fest den Standpunkt eingenommen, die Mehrheit könne „ihre Rechte rücksichtslos ausnützen", auch wenn dadurch die Minderheit „auf das erheblichste geschädigt" werde, das sei „eine unabwendbare Folge" der gesetzlichen Konstruktion der Aktiengesellschaft (Bd. 68 S. 245). Diese Anerkennung des „Machtgedankens" ist in der Folgezeit vom Reichsgericht zwar nie ganz fallen gelassen worden, aber allmählich hat sich immer deutlicher das „Wohl der Gesellschaft" als regulierender Faktor dazwischengeschoben, bis schließlich *die nackte Eigensucht des Gegners* zur tragenden Größe wird und nun die Dogmatik der *„guten Sitten"* in ungehemmten Lauf kommt (die Entwicklung habe ich dargestellt in „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht", S. 329 ff.).

Das alles lief noch zunächst in den Bahnen des BGB., wobei ohne klares Prinzip 138 und 826 miteinander abgewechselt haben. Jetzt aber sieht es so aus, als würde wie im Gesetz über den unlauteren Wettbewerb auch im Handelsgesetzbuch *eine eigene Regel* eingeschoben werden. Ja, hier will man sich nun sogar von der Formel der „guten Sitten" emanzipieren, will der Sache ein konkreteres Gepräge geben. Es hat sich binnen wenigen Jahren

ein neuer Terminus technicus festgesetzt: die „*gesellschaftsfremden Sondervorteile*“. So die Lösung, zu der die Kommission hervorragender Kenner gelangte, die 1926 vom Kölner Deutschen Juristentag eingesetzt worden war. Sie hat in ihrem Bericht von 1928 als künftigen Gesetzestext vorgeschlagen: „Die Ausübung des Stimmrechts ist unzulässig, wenn der Aktionär durch diese unter Verletzung der offenbaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile . . . verfolgt.“ Der amtliche Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1930 hat das als Basis einer Anfechtungsklage (§ 136) und eines Schadensersatzanspruchs (§ 84) übernommen. Und selbst der Jenenser Handelsrechtler Alfred Hueck kann sich — obwohl gerade er das „*Bedürfnis nach möglichst genauer Festlegung* der die Gültigkeit beeinträchtigenden Mängel“ herausstellt und es begrüßen würde, „wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Beschluß wegen Mehrheitsmißbrauchs zu beanstanden ist, *schärfer bestimmt* werden könnten“ — der Notwendigkeit eines „allgemeinen Prinzips“ nicht entziehen. Auch er verleibt seinem eigenen Vorschlag die „gesellschaftsfremden Interessen“ ein (Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform, 1933, S. 41, 42, 49). Daß es sich auch bei dieser neuen, spezifisch handelsrechtlichen Formulierung um eine *Generalklausel* handelt, haben ihre Väter, die Männer jener Juristentags-Kommission, in aller Deutlichkeit zugegeben. Nicht nur, daß sie die Verwandtschaft mit § 826 BGB. erwähnen, sondern ausdrücklich schildern sie das Zustandekommen ihres Beschlusses mit den Worten: „Die Mehrheit ist der Überzeugung, durch eine solche *Generalklausel* einem Mißbrauch . . . in viel wirksamerer Weise entgegenzutreten, als es durch noch so viele *kasuistische* Bestimmungen möglich wäre.“ Keine begrenzten Einzelsätze also, das Heil liegt bei der generellen Klausel!

Übrigens wollen wir nicht daran vorübergehen, daß in der Diskussion über diese Dinge viel mit den Denkformen des *Staatsrechts* als Spiegelbildern gearbeitet wird. Man spricht von der „Aktiendemokratie“, die in dem allgemeinen gleichen Stimmrecht zum Ausdruck käme. Man stellt dem das „aristokratische“

Prinzip (Verwaltungsgruppe) als das vielleicht Wünschenswerte gegenüber oder redet in ähnlichem Sinne vom künftigen „oligarchischen Aufbau“ der Aktiengesellschaften. Auch eine „Strategie des Aktienwesens“ glauben manche feststellen zu können. Wiederum taucht, wie schon beim Arbeitsrecht (S. 17), die groteske Frage auf, ob etwa auch *das Widerspiel der Machtfaktoren im wirklichen Staat* unter das Zeichen von „Treu und Glauben“ oder der „guten Sitten“ gebracht werden soll.

8. Wir stehen nunmehr *an der Schwelle des öffentlichen Rechts.* Ohne weiteres leuchtet ein, daß hier das Arbeiten mit den Generalklauseln noch viel schwerer ins Gewicht fallen muß. Was öffentlichrechtlich mit ihnen erreicht wird, wächst über den Individualfall hinweg und wirkt ins Hundertfache. Auch der visionelle Eindruck ist ein ganz anderer. Im Privatrecht ist man die Schmiegsamkeit der Rechtsregeln gewohnt, schon die Vertragsfreiheit sorgt für große Beweglichkeit, Generalklauseln dehnbarsten Stils fallen hier nicht in gleichem Maße auf wie etwa im Prozeß- oder Straf- oder Staatsrecht. Denn auf diesen öffentlich-rechtlichen Gebieten herrscht die Sprödigkeit des Stoffes, die Härte der Tatbestände. Eine etwaige *Aufweichung* durch das Mittel beweglicher Generalklauseln wirkt, aufs Ganze gesehen, schlechthin fremdartig. Trotzdem haben die Generalklauseln auch vor der Schwelle des öffentlichen Rechts nicht Halt gemacht, sondern haben *ihren Siegeszug immer deutlicher und immer stärker auch in diese Gefilde erstreckt.*

9. Den Übergang vom Zivilrecht stellt der *Zivilprozeß* dar. Im *ersten* Akt des Geschehens dringen auch hier *die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches* hinüber, im *zweiten* Akt steigen *eigene Generalklauseln* innerhalb des Prozeßrechts empor.

Wir haben bereits das Eindringen des § 826 BGB. erwähnt (S. 8). Seine Glanzleistung war die *Überwindung der formalen Rechtskraft.* Damit hatte das Reichsgericht schon dicht vor dem Inkrafttreten des BGB. den Anfang gemacht, indem es sich der gemeinrechtlichen actio doli bediente (Bd. 46 S. 79). Soweit sich ermitteln läßt, ist das aber nicht sonderlich beachtet worden.

Erst als § 826 in Lauf gekommen war, wurde daraus ein überaus lebhaft behandelter und umstrittener Diskussionsstoff. 1905 hatte erstmalig das Reichsgericht den Satz aufgestellt: „Die formale Rechtskraft des ergangenen Judikats steht der Anwendung des § 826 nicht entgegen, die Wirkung der Rechtskraft muß da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben“ (Bd. 61 S. 365). Das hat damals wirkliches Aufsehen erregt und starken Widerspruch gefunden. Das Reichsgericht hat aber seinen Standpunkt in einer Reihe von Urteilen festgehalten, z. B. noch 1926 sogar in einem Ehescheidungsprozeß (JW. 1926, S. 1148). Aber die Literatur und wohl auch der Lehrvortrag in den Kollegs wollten noch lange nicht zur Ruhe kommen. So veröffentlichte eine Autorität wie der Göttinger (damals Erlanger) Rechtsgelehrte Paul Örtmann noch 1916 eine Studie, wo er dem Reichsgericht seine bisherige Gefolgschaft aufsagte und das Dogma wieder aufzurichten suchte, „daß jedwede Antastungsmöglichkeit des rechtskräftigen Urteils wegen Moralwidrigkeit einer Partei *abgelehnt werden müsse*“ (ArchBürgR. Bd. 42 S. 1 ff.). Sein Widerstand ist vergeblich gewesen, an dem *Sieg der vom BGB. herübergedrungenen Generalklausel* ist heute nicht mehr zu zweifeln.

Auch die *exceptio doli generalis*, eng verschwistert mit *Treu und Glauben*, hat sich innerhalb des Rechts der Prozeßführung ihren Platz erobert. Die Literatur verhält sich freilich seit dem anfänglichen Widerstand um die Jahrhundertwende (Hellwig, Schneider) noch immer in einigen respektablen Vertretern des Prozeßrechts ablehnend. Es mischen sich da konstruktive und prozeßpolitische Motive durcheinander. Aber an einigen Stellen des prozessualen Systems, an entscheidenden Stellen, wie hinzugefügt werden muß, ist es eben doch zum *Durchbruch* der exceptio doli generalis gekommen. Wiederum hat dabei die *Praxis* (vgl. S. 15) die Führung gehabt, jüngere Schriftsteller haben sich in ihr Gefolge begeben. — Der Hauptfall ist die (vertragliche, z. B. vergleichsweise vorgenommene) *Klagerücknahme*. Daß der Beklagte auf ihren Vollzug selbständig klagen kann, erfreut sich

breiterer, wenn auch nicht allgemeiner Anerkennung. Aber mit Recht bezeichnet das unser höchster Gerichtshof als einen „umständlichen und kostspieligen Umweg". Darum muß dem Beklagten innerhalb des gleichen Prozesses die Abweisung der vereinbarungswidrig weitergeführten Klage erschlossen werden: *Einrede der Arglist, exceptio doli generalis*; denn, sagt das Reichsgericht, „auch das Prozeßverhältnis der Parteien wird ebenso wie ihre materiellrechtlichen Beziehungen durch den *Grundsatz von Treu und Glauben* beherrscht, wie ja auch die für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannte exceptio doli generalis sich gerade gegen das Verhalten des Gläubigers im Prozesse richtet" (Urteil vom 1. Juni 1921; Bd. 102 S. 222; Ausdehnung auf die Weiterführung einer vergleichsweise *zurückgenommenen Berufung* im Urteil vom 20. Dezember 1928, Bd. 123 S. 85). Aber noch blieb die kritische Frage offen, ob dem der Kläger durch einen neuen Prozeß oder eine neue Geltendmachung des zurückgenommenen Rechtsmittels ins Gesicht schlagen könne. Dazu hat klipp und klar und sogar im allgemeineren Rahmen das Oberlandesgericht Naumburg in einer Entscheidung vom Jahre 1930 Stellung genommen (JW. 1930 S. 3866 f.). Von der grundsätzlichen Möglichkeit einer *Wiederholung* des klägerischen Vorstoßes geht es aus: „Da nach den Bestimmungen der ZPO. Rechtsfolgen an die Zurücknahme einer Beschwerde nicht geknüpft sind, und auch eine Frist für die Einlegung der Beschwerde nicht bestimmt ist, kann *eine Beschwerde grundsätzlich*, selbst wenn sie zurückgenommen ist, *erneut erhoben werden*, wie auch im Schrifttum übereinstimmend anerkannt ist." Dann aber wird dem doch der *Arglisteinwand* als Damm entgegengestellt: wenn sich der Gegner schon auf die Zurücknahme eingestellt, daraufhin „Entschließungen" getroffen hat usw., so muß die Rücknahme eben doch eine *„entsprechende prozeßrechtliche Wirkung"* bekommen. Das Ergebnis ist klar und stark: *der Verlust des Rechtsmittels*, die exceptio doli hat es dem an sich Berechtigten aus der Hand geschlagen. — Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung im Schlußsatz mit einer Formel verbrämt, die ich auch bereits

im jungen Schrifttum (Martin Tamm, Die Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, Jenaer Dissertation von 1931) angetroffen habe und die wohl Schule machen wird. Es sagt nämlich: „Der erneut erhobenen Beschwerde steht also *eine Art exceptio doli processualis* entgegen."

Diese letzte Wendung mag eine gedankliche Spielerei sein. Ein wirklich „selbständiges", von den alten zivilrechtlichen Generalklauseln gelöstes Rechtsinstitut ist damit anscheinend nicht beabsichtigt. Vielleicht aber können wir einen solchen selbständigen Vorgang auf dem Gebiet des Prozeßrechts in dem *raschen Vordringen des sog. Prima-facie-Beweises* erblicken. Die Auflockerung ist klar. Alte starre Beweislastregeln. Die Themata werden verteilt: Du hast das, der Gegner jenes zu beweisen. Die belastete Partei macht einen Anlauf. Vollen Beweis erbringt sie nicht, aber sie dringt vor bis zu dem „*typischen Geschehensablauf*" (auch dieses Wort ist bereits generalisiert). *Mehr kann ihr nicht zugemutet werden!* Also muß von dieser Stufe der Aufklärung an der Gegner den Beweis übernehmen. — Daraus ist binnen wenigen Jahren schon so etwas wie eine Dogmatik geworden. Das Reichsgericht spricht bereits gelegentlich davon, gewisse Ausführungen in einem Berufungsurteil „legten die Besorgnis nahe, daß der Berufungsrichter die Grundsätze verkannt hat, die für den Beweis des ersten Anscheins gelten" (Bd. 134 S. 241; 1931). Davon war vor zehn Jahren noch nicht die Rede. Zwar gingen Wendungen wie „Erleichterung der Beweisführung" schon früher um (z. B. Bd. 84 S. 385; 1914). Aber die Wurzel zum Aufbau eines „Begriffs" und damit zugleich einer *prozessualen Generalklausel* scheint erst in dem Urteil vom 12. Dezember 1925 zu liegen, in dem von der „schwierigen Lage" des Beweispflichtigen ausgegangen, ein Abstrich vom „vollen Beweis" für zulässig erachtet und dabei der Satz geprägt wird: „Damit ist schon auf den Wahrscheinlichkeitsbeweis (Beweis des ersten Eindrucks, Beweis auf ersten Besicht, sogenannten Prima-facie-Beweis) hingedeutet: Steht ein gewisser Tatbestand fest, der beim regelmäßigen Ablauf der Dinge nach der Erfahrung des Lebens auf eine bestimmte

schadenstiftende Ursache zurückzuführen ist, so wird im allgemeinen derjenige, der einen vom gewöhnlichen Verlauf abweichenden Gang des Geschehens behauptet, dies zu beweisen haben" (Bd. 112 S. 231). Seitdem ist das ständiges Rüstzeug der Gerichte geworden, von Jahr zu Jahr zunehmend in der Verwendung. Das Reichsgericht muß schon warnen vor übermäßigem Gebrauch: Keine „Verallgemeinerung", die Grundsätze vom Beweis des ersten Anscheins „sind auf die sog. typischen Geschehensabläufe beschränkt" (Bd. 130 S. 359; 1930). Aber es kann sich selbst dem *Vordringen* dieses generellen Hilfsmittels nicht entziehen und hat z. B. eine Ende 1929 gutgeheißene Einschränkung (Bd. 127 S. 28) schon nach einem knappen Jahre als „zu weit gehend" preisgegeben (Bd. 130 S. 264; 1930). Heute jedenfalls *bedient es sich des Prima-facie-Beweises bereits wie einer Selbstverständlichkeit* (Bd. 136 S. 360; 1932).

Die Erscheinung kann, auf das Ganze des geschichtlichen Ablaufs gesehen, durchaus neben die „*Treu-und-Glaubens-Jurisprudenz*" *oder die* „*Jurisprudenz der guten Sitten*" gestellt werden. Gerade die wiederholte Betonung, daß es sich *nicht* um eine Änderung der Beweis*last*-Verteilung, sondern um einen Vorgang „lediglich im Gebiet der richterlichen Beweis*würdigung*" handle (Bd. 134 S. 242; 1931), zeigt die Verwandtschaft. Würdigung, Wertung ist ja gerade auch der innerste Kern jener zivilrechtlichen (und aller anderen) Generalklauseln. Darum auch *das Arbeiten mit dem* „*Zumutbaren*", mit dem „Nicht-ansinnen-können" hier wie dort. Darum auch die beruhigenden Erklärungen, es ändere sich nichts an der bisherigen „Verteilung", hier der prozessualen Beweislast, dort der materiellen (schuldnerischen und gläubigerischen) Pflichten und Rechte. Darum auch der Appell an den *Richter*, der zwar die Gesetze, die von ihnen aufgestellte „Verteilung" zu achten, aber eben doch durch „Würdigung" einen zumutbaren *Ausgleich* herbeizuführen habe. Wenn dabei das Reichsgericht, um die Prima-facie-Klausel lebendig zu machen, Wendungen gebraucht wie: „Der Tatrichter kann unter Umständen genötigt sein, aus einem Gesamtverhalten (!) Schlüsse

zuungunsten einer Partei zu ziehen", oder: „Die weitere (tat sächliche) Beurteilung hängt von den konkreten Umständen ab, zu denen der (Berufungs-) Richter kraft seiner Überzeugung abschließend Stellung zu nehmen hat" (Bd. 134 S. 242), so muß man sich klar machen, daß — wenn die Frage der Revisibilität beiseitegestellt wird — *genau die gleichen Gedanken das Feld der „guten Sitten" und die Formel von „Treu und Glauben" beherrschen.*

10. Schließlich nimmt auch das (zivilprozessuale) *Vollstreckungsrecht* aufs deutlichste an diesem Entwicklungsvorgang teil. Ja, die Wandlung, die hier im Gange ist, *fällt besonders schwer ins Gewicht.* Denn weit stärker als bei den bisher besprochenen Erscheinungen tritt hervor, daß mit der formalen Auflockerung der Tatbestände *eine entscheidende materielle Wendung* Hand in Hand geht: der Weg zur Generalklausel fällt zusammen mit dem *Weg zur „Milde".*

Kein Zweifel, daß bei der Wendung des Vollstreckungsrechts zur Nachgiebigkeit *die außerordentliche Wirtschaftslage,* die wir seit Kriegsende durchleben müssen, Pate gestanden hat. Die Generalklauseln wenden sich daher hier von der ethischen Färbung ab und sind *ins Wirtschaftliche stilisiert.* Oft aber steht auch beides nebeneinander.

Dieser Weg reicht bereits ein Stück in die Vergangenheit zurück. Die Anfangsstadien sind fast vergessen wie etwa jene berühmte *„Härteklausel des Aufwertungsrechts"* (vgl. die 1931 erschienene Jenenser Dissertation von Robert Weyh, Die Herabsetzung des Aufwertungsbetrages auf Grund der Härteklauseln des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925; über die allgemeine Fundierung der Aufwertung auf Treu und Glauben siehe bereits oben S. 11). Unmittelbar vor Augen stehen uns dagegen noch das *Osthilfe-, das Entschuldungs-, das Vermittelungs- und einige andere ähnliche „Verfahren".* In verblüffender Weise gehen hier kasuistische Einzeltatbestände und Generalklauseln durcheinander. Da kann etwa der Schuldner die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung seines Grundstücks verlangen, wenn sein Nichtzahlen auf Umständen beruht, „die *in der wirtschaftlichen*

Gesamtlage begründet sind usw.", dem aber der Gläubiger zur Abwehr entgegenhalten darf, daß die Einstellung ihm „einen *unverhältnismäßigen Nachteil* bringen würde", — Generalklausel hüben, Generalklausel drüben. Aber zwischendurch die Kasuistik: Die Einstellung kann insbesondere verlangt werden, „wenn der Schuldner infolge von Ausfällen an Mieten oder eines wesentlichen Rückgangs der sonstigen Erträgnisse des Grundstücks oder eines auf dem Grundstück befindlichen Betriebes nicht in der Lage war, die aus den Erträgnissen zu deckenden wiederkehrenden Leistungen zu erfüllen", ebenso „wenn er für eine innerhalb der ersten sieben Zehnteile des Grundstückswertes stehende Hypothek oder Grundschuld, die nach dem 31. März 1931 fällig geworden ist, keinen Ersatz gefunden hat", oder „wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit auf außerordentliche Verluste durch Unwetter oder Viehseuchen zurückzuführen ist", oder „wenn sie darin ihren Grund hat, daß die Preise der Produkte, auf deren Erzeugung der Betrieb allein oder überwiegend gerichtet ist, hinter dem allgemeinen Stand der Preise für landwirtschaftliche Erzeugnisse seit Ende 1930 außerordentlich zurückgegangen sind, und die ordnungsmäßige Fortführung des Betriebes durch den Schuldner gewährleistet erscheint" (Vierte Notverordnung vom 8. Dezember 1931, RGBl. I S. 710: § 5; Verordnung über landwirtschaftliches Vermittlungsverfahren usw. vom 27. September 1932, RGBl. I S. 478: Art. 1 Ziff. 1, 1).

Wenden wir uns wieder zu den Generalklauseln zurück, so ist *das frontale Gegenüberstehen zweier Klauseln* besonders bemerkenswert. Erst bekommt gleichsam der Schuldner eine allgemeine *exceptio deficientis pecuniae*, dann setzt der Gläubiger mit einer ebenso allgemeinen *replicatio deficientis pecuniae* ein. Ja, nach einer noch ganz nahe stehenden Verordnung vom 11. November 1932 kann es sogar zu einer solchen *Abwägung unter Dreien* kommen. Wenn nämlich eine Hypothek hineinspielt, bei der persönlicher Schuldner und Grundstückseigentümer nicht zusammenfallen, dann „hat das Amtsgericht bei seiner Entscheidung *die wirtschaftliche Lage* des Gläubigers, des Grundstücks-

eigentümers und des persönlichen Schuldners in Betracht zu ziehen und einen *billigen Ausgleich* der widerstreitenden Belange herbeizuführen" (RGBl. I S. 525: § 2 Abs. 2). Zugleich bestätigt dieses Beispiel das Nebeneinander „wirtschaftlicher" und „ethischer" Generalformulierung.

Aber darüber hinaus wirft sich die schwere Frage auf, ob bei einem solchen „billigen" Ausgleichen und Verteilen zwischen Zweien oder Dreien überhaupt noch von *Rechts*prechung und *Rechts*anwendung geredet werden kann. Schon als im Jahre 1920 das *Betriebsrätegesetz* jeder in den ordentlichen Bahnen des *Rechts* erfolgten Kündigung die Möglichkeit einer Wiederbeseitigung wegen *„unbilliger Härte"* entgegensetzte, auch eine „Generalklausel" von weittragender Bedeutung (BRäteG. vom 4. Februar 1920, § 84 Ziff. 4), habe ich diese Frage aufgeworfen und war zur Verneinung geneigt (DJZ. 1920 Sp. 551). Eine sichere Antwort ist aber bis heute nicht gefunden worden. Einmal, bei der „Ausgleichs"-Arbeit der *Mieteinigungsämter*, hat auch das Reichsgericht insofern sich zur Verneinung bekannt, als es diesen Ämtern bescheinigte, sie hätten „nicht Rechtsfragen zu lösen", sie seien *„ein Organ zur Ausübung sozialer Fürsorge, aber nicht ein Rechtspflegeorgan"* (Bd. 107 S. 286). Niemand wird leugnen, daß auch in dieser Beleuchtung unser Thema von den Generalklauseln *geradezu als Schicksalsfrage der Justiz* erscheint.

Manche werden geneigt sein, das alles als „ephemer", als einmalige, durch den Wirtschaftskampf veranlaßte Verirrung abzutun. Das aber eben *ist* die Schicksalsfrage. Jedenfalls sieht jenes Beispiel aus dem Bereich des Betriebsrätegesetzes nicht so aus, als wolle es bald wieder verschwinden. Und, was die „Milde" des Vollstreckungsrechts anbelangt, so scheint sie *eher im Vormarsch als auf dem Rückzug* zu sein. Jedenfalls lesen wir in der neuesten, durchgreifenden Darstellung des Zwangsvollstreckungsrechts von dem Jenenser Zivilprozessualisten Karl Blomeyer am Schlusse einer gerade der „Entwicklung" gewidmeten Darstellung: „Aber den sozialen Anschauungen der Gegenwart wird das Gesetz auch in seiner heutigen Fassung noch nicht gerecht. Immer

mehr setzt sich die Überzeugung durch, daß *der Staat in ganz anderem Maße als bisher Wohlfahrtsstaat* sein muß.“ Das scheint man auch bei der kommenden *Neukodifikation des Vollstreckungsrechts* nicht aus dem Auge lassen zu wollen. So hat sich z. B. der *Referentenentwurf* zur Zivilprozeßordnung von 1931 (veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium) unter der Überschrift „Schuldnerschutzbestimmungen“ den Gedanken einverleibt, daß eine Vollstreckung neben anderen Voraussetzungen unterbleiben soll, wenn „die Pfändung *eine unnötige Härte gegen den Schuldner* darstellen würde“ (§ 950). Er läßt auch wieder „Zahlungsfristen“ zu, „wenn dies unter Berücksichtigung aller Umstände *angemessen* erscheint und die wirtschaftliche Lage des Gläubigers nicht gefährdet wird . . .“ (§ 952). Und in der Begründung tritt ebenfalls die Neigung auf, dem Schuldner eine „Schonung“ zu gönnen, „deren er *würdig* und die dem Gläubiger *zumutbar* ist“ (S. 540).

11. An der Entscheidung, ob ein Zeitalter der *aequitas, humanitas, benignitas* heraufkommen wird (S. 3), wird aber noch mehr als das Zivilrecht und der ihm angegliederte Prozeß *das Strafrecht* (und der Strafprozeß) beteiligt sein. Für das, was da im Gange ist, werden die vorrückenden „*Generalklauseln*“ wiederum als Symptome gelten können, wenn auch ihr Name drüben im Strafrecht unbekannt ist und durch allerlei andere Bezeichnungen („Ausfüllungswerte“, „werthaltige Begriffe“ usw.) verdeckt wird.

Das Strafrecht hat von je den eigenartigsten und abgeschlossensten Charakter von allen Rechtsdisziplinen gehabt. Auch die Krise, in der es augenblicklich liegt, ist wiederum eigenartig. Darum wird sich nicht alles, was etwa in sonstigen Teilen des Rechtssystems zu beobachten ist, auf das Strafrecht übertragen lassen und umgekehrt. Trotzdem drängt sich die *Parallele in der Gesamtentwicklung* jedem Beobachter und vielleicht gerade dem Nichtfachmann noch mehr als dem Fachmann auf.

Der *Auflockerungsprozeß* zeigt sich auf dem Boden des Strafrechts in nackter Blöße. Vor uns liegt als geltendes Recht noch immer (mit einigen Änderungen) das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871. Daneben liegt die Serie der Entwürfe und wieder daneben

die Masse der Reformliteratur. Der Gegensatz springt in die Augen. Auflockerung — „Erweichung“, wie manche strafrechtliche Schriftsteller sagen — auf Schritt und Tritt. Unter den Strafrechtlern selbst wird am meisten von der *Auflockerung der Tatbestände* gesprochen. Manche geben ein Beiwort hinzu, sprechen etwa von „soziologischer“ Auflockerung der Tatbestände und sind geneigt, dies um höherer Ziele willen in den Kauf zu nehmen, sich abzufinden mit „Begriffen von einer nur relativen Prägnanz“ statt der alten „linear abgegrenzten Begriffe“ (Grünhut). Andere begnügen sich, indem sie in den Bahnen feststellender Wissenschaft verharren, mit dem Hinweis, wieviel von je an „wertenden“, „normativen“ Elementen in den Tatbeständen gesessen hat, wie locker die Tatbestände namentlich dann werden, wenn „kulturelle“ Wertungselemente eingebaut werden, und *warnen* höchstens, daß eine „wesentlich *erweiterte* Verwendung normativer Tatbestände“ mit § 2 Abs. 1 StGB. kaum noch zu vereinbaren sein, also das große Dogma der Festigkeit „nullum crimen, nulla poena sine lege“ zu Falle bringen würde (Mezger in der Traeger-Festschrift 1926 S. 227, 229). Wieder andere sind dagegen voller Angriffslust und kritisieren scharf diese „besonders in den letzten Entwürfen“ hervortretende „Abneigung gegen klare und eindeutig abgegrenzte Tatbestände“ (Dahm und Schaffstein). Und selbst Gelehrte, die im übrigen in den Zugeständnissen an „Individualisierung“ und ähnliche Auflockerungsmittel sehr weit gehen, glauben doch gegen die „Aufweichung der *Tatbestände* in der heutigen Strafrechtsentwicklung“, gegen ihre „Psychisierung“, „Verflüssigung“ usw. ausdrücklich Protest erheben zu müssen (Drost). Ob diese Widerstände, auf Jahrzehnte hinaus gesehen, Erfolg haben werden, ist zweifelhaft. Vieles läßt im Gegenteil, trotz frohgemuter Bekenntnisse zu „autoritärem“ Strafrecht, ein weiteres Fortschreiten der „Auflockerung“ erwarten — und befürchten.

Für unseren Zusammenhang fällt besonders ins Gewicht die *überraschende Verwendung von Generalklauselbegriffen des Zivilrechts* bei dieser „Reformarbeit“ am Strafrecht. In dem Entwurf

von 1930 (Beschlüsse der ersten Lesung des deutschen Reichstagsausschusses und der deutsch-österreichischen Konferenzen) kommen die „*guten Sitten*“ nicht nur bei der Definition der Drohung (§ 9 Ziff. 6 a), sondern auch bei den Einzeldelikten der Ehrennötigung (§ 280) und der Körperverletzung mit Einwilligung (§ 264) vor. Die *Nichtzumutbarkeit*, ein jedem Zivilisten mindestens seit der Inflationszeit geläufiger Alltagsbegriff, mit „guten Sitten“, „Treu und Glauben“ eng verschwistert, faßt auch im Strafrecht mehr und mehr Boden. Von der Schuldfrage ausgehend, wächst er immer weiter. Besonders viel bemerkt worden ist seine Einstellung in die *Notstands*formel, wonach strafbare Handlungen statthaft sein sollen, wenn dem Täter (oder dem sonst Gefährdeten) „nach den Umständen *nicht zuzumuten* ist, den drohenden Schaden zu dulden“ (Entwurf § 25). Und schlägt man die *Begründung* (zu einem früheren Entwurf) auf, so findet man als weiteren Maßstab für dieses Zumuten oder Nichtzumuten die „*Auffassung aller gerecht und billig Denkenden*“, also genau die gleiche Formel, mit der das Reichsgericht seit langen Jahren zu § 826 BGB. (oder § 138 BGB.) den Begriff der guten Sitten erklärt! Ja, es heißt sogar an einer anderen Stelle dieser Begründung expressis verbis: „*Der Begriff der guten Sitten ist dem bürgerlichen Recht entnommen.* Dort hat er sich zur Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten im allgemeinen bewährt. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts decken sich die guten Sitten mit dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden.“ Und damit der Reigen sich schließt, rücken auch *Treu und Glauben* als Vergleichswerte an, allerdings nicht in einem Gesetzestext oder einer Begründung dazu, wohl aber auf einer Tagung der Internationalen Kriminalisten-Vereinigung (Deutsche Landesgruppe, 21. Tagung in Bonn 1926). Hier führte der Landgerichtsdirektor Wunderlich, damals noch bekanntes Mitglied des Reichstags und aus dem Aufwertungskampf (oben S. 11) an „Treu und Glauben“ gewöhnt, an der Spitze seines Referats über den Entwurf von 1925 aus: „*Entsprechend dem Zuge der Zeit* wird auch in diesem Entwurf dem freien Ermessen des Strafrichters

ein viel weiterer Spielraum eingeräumt als bisher. Überall will man ja heute *den Richter von festen Regeln entbinden;* das gesamte bürgerliche Recht beherrscht der Grundsatz von *Treu und Glauben,* und in allen Verfahrensordnungen sucht man von allgemein gültigen Bindungen loszukommen" (Mitteilungen S. 38). Kann man den Sieg der Generalklauseln deutlicher proklamieren?

Das Thema dieses Wunderlichschen Referats auf der Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung war „*das richterliche Ermessen*". Daß zwischen den Generalklauseln und dem „Ermessen" des Richters ein unausweichlicher Zusammenhang besteht, drängt sich dem Betrachter dieser Dinge immer von neuem auf. So geht denn auch mit dem Vordringen der generalisierten Begriffe im Strafrecht die *Diskussion über das richterliche Ermessen* Hand in Hand. Nicht nur auf jener Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Die strafrechtliche Literatur ist erfüllt davon. 1930 ließ der junge Bonner Rechtsgelehrte Drost sein weitgreifendes Buch über „Das Ermessen des Strafrichters" erscheinen. Im nächsten Jahr folgte, in Front gegen das Übermaß an solcher „Auflockerung", warnend vor dem „Wortbrei", die Schrift von Dahm, einem Vertreter der sog. „jungen Rechten". Wieder ein Jahr später arbeitet der Kölner Privatdozent und Staatsanwalt Karl Peters in sein Werk über die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters einen ganzen Abschnitt über „das politische Ermessen" ein. Dem hat sich auch das *Entwurf*material nicht entziehen können: der Entwurf von 1930 überreicht dem Leser in 10 zum Teil recht langen Paragraphen geradezu ein *Brevier der Bemessung zu verhängender Strafen,* in dem als Generalklauseln niederen Grades die „besonders leichten Fälle", die „besonders schweren Fälle" und vor allem die „mildernden Umstände" aufmarschieren.

Damit halten wir wieder bei der „*Milde*". Es ist ein offenes Geheimnis, daß sie innerhalb der Strafjustiz *auf der ganzen Linie im Vordringen* ist. Am deutlichsten wird der Abmilderungsvorgang — wenn wir die schweren Schädigungen beiseite lassen, die der Strafjustiz durch die lange Reihe der „Amnestien" zugefügt

worden sind — in Lehre und Praxis des *Strafvollzuges* sichtbar, oft nur auf Experimenten beruhend und von reformlüsternen Einzelmännern vorgetragen, im ganzen aber eine schwerwiegende und offenbar zukunftbestimmende *Zeiterscheinung*. Aber das Abmildern beginnt auch schon von den großen kriminalistischen *Kodifikationen* Besitz zu nehmen. Seit 1924 ist in der Strafprozeßordnung das Legalitätsprinzip für die „geringeren“ Fälle, die sog. Bagatellsachen, gestürzt: „Übertretungen *werden nicht verfolgt*, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind usw.“ (§ 153), — kleine Generalklausel, Generalpardon, *exceptio lenitatis*. Dicht daneben in den *Entwürfen zum Strafgesetzbuch* die *Generalisierung der „mildernden Umstände“*. Wie der römische Prätor in jede Formel die exceptio bonae fidei, so soll der Strafrichter von heute — bildlich — in jede Anklageformel die *Milderungs-exceptio* einbauen: „wenn bei Abwägung der Strafbemessungsgründe die für eine milde Strafe sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen“ (Entwurf von 1930, § 74).

Das ist noch nicht Gesetz. Aber inzwischen hat sich in der *Judikatur* ein ganz verwandter Vorgang abgespielt, der in einer eindrucksvollen Studie zweier Vertreter der — wenn man so sagen darf — Opposition, der „jungen Rechten“ (Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, 1933, S. 31) wie folgt gekennzeichnet wird: „Anerkennung neuer und *außerordentlich dehnbarer Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe* für an sich strafbedrohte Handlungen.“ In der Tat, schon das Hauptbeispiel, das hierhin gehört, verdient, als ein *zeitgeschichtliches Ereignis* angesprochen zu werden. Es zeigt auch wieder den Drang zur einprägsamen, generalisierenden Formulierung: „*Übergesetzlicher Notstand*.“ Vor zehn Jahren noch ein unbekannter Begriff. Vor sechs Jahren hat das Reichsgericht den Grund dazu gelegt, in dem berühmten Urteil vom 11. März 1927 (Strafsachen Bd. 61 S. 243 ff.). Ein knappes Jahr später prägt es das dominierende Wort: Übergesetzlicher Notstand (Bd. 62 S. 35 ff.). Seitdem scheint der neuen befreienden Generalklausel in jedem Bande der Entscheidungen die eine oder andere Stelle vorbehalten zu

sein (z. B. Bd. 63 S. 226, Bd. 64 S. 103). Jedes Untergericht kennt sie, jeder Examenskandidat verfällt ihrem lockenden Klang, die Internationale Kriminalistische Vereinigung hat im Mai 1931 ihre Essener Tagung zu einer Disputation über sie benutzt, mit Referaten des Reichsgerichtsrats Wachinger und des Hamburger Professors Eberhard Schmidt. Fast könnte man das Wort von der „Karriere" wiederholen, das oben bei den zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 826 und 242 BGB. gebraucht worden ist. Eine ganze Dogmatik hat sich angesetzt, „Kontroversen" begleiten sie. Aber, ob es sich nun um einen „Rechtfertigungsgrund" oder einen „Entschuldigungsgrund" handelt, ob man der „Güterabwägungstheorie" oder der „Zwecktheorie" folgt, ob aus dem allgemeinen Tatbestand noch der Sonderfall der *„Staatsnotwehr"* und des *„Staatsnotstandes"* abzuleiten ist (Bd. 64 S. 103, Bd. 63 S. 225), für das große zeitliche Geschehen ist das gleichgültig. Hier gilt allein die Haupterscheinung: *Nachgiebigkeit, Generalklausel, richterliches Ermessen.*

Ob diese strafrechtlichen Vorgänge sich mit der *Freirechtsbewegung* der Vorkriegszeit (oben S. 10) in einen geistigen Zusammenhang bringen lassen, wird erst bei größerem zeitlichen Abstand feststellbar sein. Die meisten Strafrechtler lehnen entschieden einen solchen Zusammenhang ab, wobei sie freilich nur die allerextremste „Freirechtlerei" im Auge haben. Der Bonner Gelehrte Graf zu Dohna hat 1926 sein Referat auf der Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung mit dem Satze begonnen: „Die große Woge der Freirechtsbewegung hat die Fundamente des Strafrechts *nicht berührt.*" Aber es ist eben doch zweifelhaft, ob nicht in der berühmten *Lisztschen Schule*, die nebenan im Strafrecht am Werke war und deren Atem in der *heutigen* Bewegung noch deutlich spürbar ist, dieselben entwicklungsgeschichtlichen Gesetze am Wirken waren, wie drüben im Zivilrecht mit seiner „Interessenabwägung", seiner „freien Rechtsfindung" und seinem „Richterkönigtum". Jedenfalls aber wird man nicht von der Hand weisen können, daß der *Sturz der Werte in der Nachkriegszeit* sowohl im Zivilrecht wie im Straf-

recht das Vordringen der Generalklauseln mächtig beflügelt hat. Dort, im Zivilrecht, war es vor allem der Sturz der materiellen Werte, den wir als „zweite Welle“ in dem Avancement von Treu und Glauben bezeichnet haben (Ziff. 3). Hier, im Strafrecht, ist es *das Wanken der wichtigsten ethischen Lebensgüter*, das in gleichem Sinne gewirkt hat: Staat, Eigentum, Eid, sexuale Sauberkeit, alles ist problematisch geworden. Daraus wird dann leicht ein Vorspann für den Triumphwagen der „Milde“. Und in ihrem Gefolge erscheinen — politisch oder nicht politisch gefärbt — das „Ermessen“, die „Bewertungsmacht“, die „Ausfüllbegriffe“, die „*Generalklauseln*“.

12. Es mag nun das *Steuerrecht* folgen. Wie das Strafrecht ist es ursprünglich durchaus auf scharf umrissenen Tatbeständen, Einzeltatbeständen aufgebaut. Wie es dort hieß: wo der Tatbestand erfüllt ist, folgt die Strafe, wo er aber nicht erfüllt ist, gibt es keine Strafe, so auch hier: wo der Tatbestand erfüllt ist, ist die Steuer zu entrichten, wo er aber nicht erfüllt ist, braucht keine Steuer bezahlt zu werden. Jetzt nun haben sich auch im Steuerrecht, wie es scheint, die Tatbestände gelockert, und *die Generalklauseln haben ihren Einzug gehalten* oder sind, wo schon früher Ansätze da waren, *im Vordringen* begriffen.

Dabei stoßen wir auf eine eigentümliche *Zweiseitigkeit*. Sie erinnert — entfernt — an jene Zwiespältigkeit, die wir im zivilprozessualen Vollstreckungsrecht angetroffen haben: der Schuldner wie der Gläubiger, *beide* bekommen eine Generalklausel als Hilfsstellung (S. 30). Denn in der Tat haben sich im Steuerrecht einerseits Generalklauseln für eine *Verfolgung* des Zensiten, andererseits für seine *Befreiung* (schonende Behandlung) herausgebildet.

In ersterer Richtung hat die Entwicklung folgenden Gang genommen. Erst sind, wie erwähnt, die festumrissenen Tatbestände da. Als Folge ergab sich *die Flucht der Zensiten* von den steuer*belasteten* zu den steuer*freien* Tatbeständen. Hat die Steuerbehörde ein Verfolgungsrecht, ein „droit de suite“? Das Reichsgericht hat verneint, hat den Grundsatz aufgestellt und durch-

geführt: Zwischen mehreren Tatbeständen — und „Formen" — haben die Staatsbürger freie Wahl (vgl. mein Buch „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht", S. 11 f.). Aber der Gesetzgeber nimmt nun (an einigen Stellen) die Verfolgung auf, zunächst eine *Einzelverfolgung*: er fängt bei der nächsten Novelle des betreffenden Steuergesetzes auch den bisher „freien" Tatbestand ein, um ihn mit der Steuer zu belegen. Wie mühselig ist diese Methode. Und meist kommt auch die Novelle zu spät. Darum erfolgte 1919, in der berühmten *Reichsabgabenordnung*, der große Schlag: „Durch den Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen und gemildert werden", — *Generalklausel*, heute längst eingebürgert (in der Neufassung vom 22. Mai 1931: § 10), damals aufsehenerregend.

Übrigens kann man auch hier wieder das *Weiterwandern solcher Formeln* beobachten. Als im Dezember 1931 die Regierung ihre große (vierte) Notverordnung herausbrachte, in der sie die gleichzeitige Senkung der Preise, der Zinsen, der Mieten, der Löhne und der Gehälter anbahnte (vgl. Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, Heft 23 S. 20 ff.), sah sie voraus, daß auch hier *im Gebiet der Preisbildung* eine Flucht von den senkungspflichtigen zu senkungsfreien Tatbeständen einsetzen würde, und schob eine durchaus parallele Generalklausel ein (I. Teil, 1. Kapitel § 9, RGBl. I S. 701).

Nun aber (im Steuerrecht) die andere, die umgekehrte Richtung: *zugunsten* des Zensiten und damit zugleich wieder in das Gelände der „*Milde*" einbiegend. Man wird hier vorsichtig in der Beurteilung sein müssen. Denn im Steuerrecht wird es wohl immer oder oft gewisse Stellen der Nachgiebigkeit gegeben haben. Auch haben wir hier bereits den Boden der eigentlichen Justiz verlassen und die Schwelle zum Verwaltungsrecht, der Heimat des „Ermessens" (nachfolgend Ziff. 13), überschritten. Immerhin scheint mir *das siegreiche Vordringen der sog. Härteklausel* durchaus in unseren zeitgeschichtlichen Zusammenhang zu gehören.

Der Härtevorbehalt, der richtiger Mildevorbehalt heißen müßte,

dürfte, so wie er jetzt vor uns steht, aus der *Kriegszeit* herausgewachsen sein. In dem Kriegssteuergesetz vom 21. Juni 1916 (RGBl. S. 561) habe ich zum ersten Male die salvierende Klausel gefunden: „Der Bundesrat kann *zur Vermeidung besonderer Härten* auf Antrag eines Steuerpflichtigen einzelne außerordentliche Vermögensanfälle von der Abgabe befreien oder eine anderweite Berechnung des Vermögenszuwachses oder Mehrgewinns bewilligen" (§ 36). Das wiederholt sich dann bei der außerordentlichen Kriegsabgabe des Jahres 1918. Doch ist der Text langatmiger, und er läßt neben die Formel von der „Härte" auch „*Billigkeit*" und „*Unbilligkeit*" treten (Gesetz vom 26. Juli 1918, § 40, RGBl. S. 973). Kurz zuvor war ein Gesetz gegen die Steuerflucht ergangen, das diejenigen Deutschen treffen wollte, die ihren Aufenthalt dauernd ins Ausland verlegt hätten, und auch hier glaubte man eine Härteklausel einbauen zu sollen: „Auf Antrag erfolgt eine Freistellung von der nach § 1 begründeten Verpflichtung, wenn . . . die Ablehnung des Antrags *eine außergewöhnliche Härte* darstellen würde" (Gesetz vom 26. Juli 1918, § 21, RGBl. S. 956). Es folgt dann, wiederum *generalisierend*, die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 (RGBl. S. 1993 ff.). Charakteristischerweise verwendet auch sie abwechselnd das Wort „Härte" und das Wort „Unbilligkeit": Stundung, wenn die Einziehung der Steuer „*mit erheblichen Härten* für den Steuerpflichtigen verbunden wäre" (§ 105 Abs. 2, Neufassung § 127), Erlaß, wenn die Einziehung „nach Lage der Sache *unbillig* wäre" (§ 108 Abs. 1, Neufassung § 131). Dieses Hin und Her im Sprachgebrauch bleibt auch beim weiteren Fortgang: 1922 ergeht eine Verordnung „über den Ausgleich von *Härten* usw." (RGBl. I S. 843), 1925 übernimmt das Erbschaftssteuergesetz die „erheblichen *Härten*" als Stundungsgrund (§ 37, RGBl. I S. 328), während 1927 das Grunderwerbssteuergesetz für den Erlaß wieder mit „*Billigkeits*gründen" arbeitet (§ 31, RGBl. I S. 77). Dazwischen aber taucht auch eine Umprägung auf den *wirtschaftlichen* Akzent auf, wodurch sich eine überraschende Parallele zum zivilprozessualen Vollstreckungsrecht (oben S. 29) auftut. Hauptstelle dafür das Einkommen-

steuergesetz von 1925, das vorschreibt: „Bei der Veranlagung können *besondere wirtschaftliche Verhältnisse*, die die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen wesentlich beeinträchtigen, durch Ermäßigung oder Erlaß der Einkommensteuer berücksichtigt werden usw." (§ 56, RGBl. I S. 200). Im Volksmunde hat sich aber auch für diesen § 56 damals sofort der Ausdruck „Härteklausel" eingebürgert, und so ist es bis heute geblieben.

Überhaupt dominiert das Wort von der Härte in diesem schwankenden Sprachgebrauch. Es hat sich namentlich für das *Verfahren* festgesetzt, das für Steuermilderungen (einschließlich der Bestellung von Sicherheiten) an Hand der Reichsabgabenordnung entwickelt worden ist: „*Härteverfahren*". Dieses Härteverfahren hat inzwischen seinen dogmatischen Ausbau bekommen, eine mannigfaltige Judikatur ist dazu ergangen, und auch in der Literatur hat es sich einen Platz erobert. An letzterer Stelle stoßen wir wieder in verblüffender Weise auf die *Schulterfühlung mit dem bürgerlichen Recht*. Der jüngste Bearbeiter der Materie (Steuersyndikus Hein, Steuerersparungen, Steuererleichterungen und *Härteverfahren*, 1933) läßt sich gleich auf der ersten Seite seiner Einleitung dahin vernehmen: „*Im Steuerrecht und im bürgerlichen Recht des BGB. begegnen sich hier verwandte Gedankengänge*. Genau wie im Steuerrecht der Grundsatz der Gleichmäßigkeit, der Tragbarkeit und der Gerechtigkeit der steuerlichen Belastung vorherrschend sein soll, wird auch das bürgerliche Recht von dem Gedanken der Tragbarkeit, der *Zumutbarkeit* einer bestimmt gearteten Verpflichtung getragen", und bald danach hören wir am Schlusse dieses einleitenden Abschnitts: „Damit ist der Ring geschlossen, und *der Billigkeitsgedanke sowie der Grundsatz von Treu und Glauben haben auch im Steuerrecht endgültig gesiegt*."

13. Sehr schwierig zu beurteilen ist das Gebiet des *Verwaltungsrechts*. Es gilt als *Ursprungsland des „Ermessens"*. Man könnte versucht sein, das allein schon — oder vielleicht in den Verbindungen: „verantwortliches", „gesetzmäßiges" Ermessen — für eine „Generalklausel" zu halten. Aber das wäre zu unbestimmt. Hier zeigt sich vielmehr eine *merkwürdige Umkehr des Entwick-*

lungsganges. Ging bei den bisher besprochenen Gebieten der Weg vom relativ eng begrenzten Einzeltatbestand zur Verallgemeinerung, so scheint hier eher ein Entwicklungsprozeß von der allzu allgemeinen Basis des „Ermessens" zu den doch eben mit gewissem Gehalt gefüllten *Generalklauseln* im Gange zu sein. Vielleicht gehört es schon hierher, daß jene Generalklausel des Preußischen Landrechts § 10 II 17 (vgl. S. 5) in den letzten zwei oder drei Jahrzehnten in immer wachsendem Maße herangezogen worden ist. Denn hier bieten sich die Elemente der öffentlichen „Ordnung", der „Sicherheit", der „bevorstehenden Gefahr" dar, die das „Ermessen" einigermaßen zu regulieren vermögen. Freilich ist es für den Nichtfachmann schwer, etwas Sicheres über den Entwicklungsgang auszusagen.

Eins aber tritt mit elementarer Deutlichkeit hervor: *auch hier der Siegeszug von Treu und Glauben.* Der Zivilist, der erstmalig dem nachgeht, ist verblüfft über die Fülle der Anwendungsfälle und über die Aussprüche einer nicht mehr zu überbietenden *Verallgemeinerung.*

Zuerst sind wohl solche Gebiete von § 242 BGB. beschlagnahmt worden, die *noch dicht beim Privatrecht* liegen. So etwa die Verträge zwischen Gemeinden und Staatsbürgern über Wegebaulasten, Baukonsens, Schullasten oder dergleichen. Hier scheint schon vor dem Kriege anstandslos mit „Treu und Glauben", vielleicht auch mit den „guten Sitten" gearbeitet worden zu sein. Nach dem Kriege sind die vordringlichen *Betätigungen der sog. „öffentlichen Hand"* hinzugetreten. Da kam es mehrfach zu Erscheinungen, die in keines der üblichen Schemata passen wollten, wie z. B. in dem aufsehenerregenden Fall der *Ilseder Hütte* (dargestellt bei Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 119 ff.), der im Laufe seiner öffentlichen Behandlung (1926) mehr und mehr unter das Fragezeichen der „guten Sitten" geriet. „Sittlich verwerflich", so ließ sich das Reichsgericht damals vernehmen (Urteil vom 9. Dezember 1926; JW. 1927 S. 670 f.), „hätte die Reichsregierung gehandelt, wenn sie unter Ausnutzung des auf der Klägerin — der Ilseder Hütte — lastenden Drucks

über eine angemessene Berücksichtigung aller von ihr zu wahrenden Interessen hinaus *besondere Vergünstigungen für das Reich* durchsetzen wollte und durchgesetzt hat". Dies glaubte damals das Reichsgericht (im Gegensatz zum Kammergericht) gerade noch verneinen zu können, was dann bei der Veröffentlichung des Urteils in der Juristischen Wochenschrift zu der lapidaren Überschrift geführt hat: „Ein Vertrag, auf Grund dessen das Reich *eine beabsichtigte Gesetzesvorlage gegen die Gewährung von Geld zurückzieht*, ist nicht schlechthin sittenwidrig." Zum dritten Male stoßen wir hier auf die wahrhaft überragende Frage, ob etwa *auch die Vorgänge bei der Gesetzgebung unter das Zeichen von Treu und Glauben* (oder gute Sitten) gestellt werden sollen.

Als ein besonderer Tummelplatz für diese Generalklausel des bürgerlichen Rechts hat sich sodann das *Beamtenrecht* aufgetan. Das Verhältnis zwischen dem Beamten und dem ihn anstellenden Staat wird bezüglich seiner Klassifizierung immer problematisch bleiben. Eine Erinnerung an den privatrechtlichen Arbeitsvertrag klingt immer mit, auch wenn man noch so sehr den öffentlichrechtlichen Charakter des Beamtenverhältnisses betont. Denkwürdig jene Entscheidung des Reichsgerichts vom Jahre 1919, in der die Übertragbarkeit der „sozialen Schutzbestimmungen" des § 618 BGB. auf das Beamtenverhältnis geprüft worden und bejaht worden ist, aber mit dem ausdrücklichen Zusatz, das sei keine „entsprechende analoge Anwendung des privatrechtlichen § 618", sondern eine *schöpferische* (!) Einführung des gleichen sozialen Grundsatzes in das öffentliche Recht (Urteil vom 28. Oktober 1919, Bd. 97 S. 43), — welches stolze Bekenntnis zu seiner richterlichen Schöpfertätigkeit das Reichsgericht in der Folgezeit gern wiederholt hat (z. B. im Urteil vom 16. September 1930, Rundschau für Kommunalbeamte, 1931, S. 33). Und nun ist auf dieser seltsamen Bahn halber Analogie und halber Selbständigkeit auch *Treu und Glauben* in das Beamtenverhältnis eingerückt. Merkwürdigerweise fällt der erste Anlauf in den gleichen Monat Oktober des Jahres 1919 wie das vorerwähnte Urteil. Aber, da taucht „Treu und Glauben" noch recht schüchtern im Rahmen

bloßer Auslegung von Willenserklärungen auf, die zwischen Fiskus und Beamten ausgetauscht werden, und es ist auch nur das Berufungsgericht, nicht das Reichsgericht, das dabei die Formel „Treu und Glauben" ins Feld führt (Urteil vom 10. Oktober 1919, Bd. 96 S. 303). Dann aber drängt die Entwicklung rasch zur *Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf der ganzen Linie des Beamtenverhältnisses*, oft an die ideologische Wendung angeschlossen, daß der „Treupflicht" des Beamten eine „Fürsorgepflicht" des Staates (der Gemeinde) entspräche. Musterfall etwa das Urteil des Reichsgerichts vom 22. November 1929 (Bd. 126 S. 244): Einen Beamten an dem Entlassungsantrag festzuhalten, den er gestellt hat, weil beide Teile — Beamter und Anstellungsbehörde — irrtümlich annahmen, es läge ein Kündigungsbeamtenverhältnis vor, „verstößt gegen Treu und Glauben"; Ergebnis: der „Entlassene" kann die Fortzahlung seines Gehaltes verlangen, der „Formalakt" der vollzogenen Entlassung bricht Treu und Glauben gegenüber zusammen. Oder ein Spruch des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts vom 6. Juli 1932 (Zeitschrift für Beamtenrecht, Bd. 4 S. 220 Nr. 51): Einen Beamten unter Heranholung viele Jahre zurückliegender Gründe in den Wartestand zu versetzen, ist wider Treu und Glauben, der Beamte *bleibt* im Amte!

Vom Beamtenverhältnis ist das dann rasch auf *das allgemeine Verhältnis zwischen Staat und Bürger* übertragen worden. Zumeist in dem Sinne, daß sich der Bürger auf Erklärungen, auf langjähriges passives Verhalten, auf langjährige, wenn auch falsche Handhabung eines Gesetzes durch die öffentlichen Stellen muß verlassen können, wenn anders diese Stellen nicht gewärtigen wollen, mit „Treu und Glauben" in ihre Schranken verwiesen zu werden (Tatbestände dieser Art in dem Aufsatz des Heidelberger Staatsrechtslehrers Walter Jellinek im Reichsverwaltungsblatt 1931 S. 807 unter II). Sehr deutlich aber hat das Reichsgericht auch *umgekehrt* dem Bürger klar gemacht, daß er im Verkehr mit den Behörden sich so zu verhalten habe, wie Treu und Glauben es erfordern: Ein Arbeitgeber mag bei der Einstel-

lung von Schwerbeschädigten eine „unmittelbar im Gesetz“ niedergelegte Mitteilungspflicht über den Stand seines Personals nicht haben, aber aus den Umständen des Falles, aus „lange andauernden Verhandlungen“ mit der Hauptfürsorgestelle „und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben“ kann sie sich ergeben, denn, sagt das Reichsgericht, in Billigung der Entscheidung des Vorderrichters, „*auch im amtlichen Verkehr* zwischen Arbeitgebern und Behörden haben *die Grundsätze von Treu und Glauben* Anwendung zu finden“ (Urteil vom 8. Juli 1932, Bd. 137 S. 157 ff.).

Unwillkürlich denkt der von außen kommende Betrachter, irgendwo müßten doch nun *Grenzen* für diese Durchtränkung der verwaltungsrechtlichen Vorgänge mit Treu und Glauben zu finden sein. Ganz vereinzelt trifft er auch auf schwache literarische Vorschläge solcher Art. Aber es überwiegt *eine Generalisierung, die die im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vollzogene fast übertrifft.* Im 112. Band der Entscheidungen sagt das Reichsgericht noch vorsichtig zurückhaltend: „Damit soll nicht ausgesprochen sein, daß eine Anwendung des im § 242 BGB. niedergelegten Rechtsgedankens auf Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts grundsätzlich unstatthaft wäre“ (S. 224, Urteil vom 11. Dezember 1925). Aber schon im nächsten Bande steht zu lesen: „Die Zahlungspflicht des Staates ist unter dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben zu beurteilen, der im § 242 BGB. für bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse ausdrücklich gesetzlich anerkannt worden ist, aber auch *unabhängig von solcher gesetzlichen Formulierung im gesamten Rechtsleben gilt*“ (Urteil vom 2. Februar 1926, Bd. 113 S. 24). Und so geht es weiter. Im 126. Bande: „*Die Grundsätze von Treu und Glauben haben im öffentlichen Recht ebenso Geltung wie im bürgerlichen*“ (Urteil vom 22. November 1929, Bd. 126 S. 244). Im 130. Bande: „Denn nach Treu und Glauben muß auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts jeder seine Handlungen und Erklärungen so gelten lassen, wie der andere sie auffassen durfte“ (Urteil vom 7. Oktober 1930, Bd. 130 S. 99). Usw. Und auch hier wieder im Gefolge der Aussprüche unserer Gerichtshöfe ein mannigfaltiges, bereitwilliges Echo in

der Literatur. *Wer möchte behaupten, daß dergleichen vor 50, vor 30 Jahren möglich gewesen wäre?*

14. „Treu und Glauben" fehlt dagegen so gut wie ganz in der Lehre und in der Praxis des *Staatsrechts*. Warum, wird im folgenden zu sagen sein. Mitnichten aber ist daraus zu folgern, daß hier überhaupt der *Drang zu Generalklauseln* fehlte. Im Gegenteil, er wuchert auch hier, freilich in nicht so offener, nicht immer „judiziell" erfaßbarer Weise.

Sein Nährboden ist die Mannigfaltigkeit, nämlich die *Mannigfaltigkeit der innerhalb des Staates sich tummelnden Kräfte*. Wie schaut sich der heutige Staat an, wenn man seinen „empirisch wirklichen" Zustand ermitteln will? Er erscheint als „ein *Kompromißobjekt sozialer und wirtschaftlicher Machtgruppen*, ein Agglomerat heterogener Faktoren, Parteien, Interessenverbände, Konzerne, Gewerkschaften, Kirchen usw., die sich untereinander verständigen", so schrieb 1930 der gestaltungskräftige Berliner (jetzt Kölner) Staatsrechtslehrer Carl Schmitt. Der Greifswalder Staatsrechtslehrer Herrfahrdt spricht ebenfalls von den „zu selbständigen Mächten gewordenen organisierten Volksteilen, die heute, weil sie nicht organisch dem Ganzen eingegliedert sind, *den Staat in allen großen Entschlüssen hemmen*" (1931). Für das besondere Gebiet der öffentlichen Wirtschaftsführung konstatiert schließlich der führende Kopf auf dem Gebiete der Finanzpolitik und des Finanzrechts Popitz eine „*fast unübersehbare Vielheit* untereinander nicht hinreichend verbundener Willensträger mannigfachster Art und verschiedenster rechtlicher Qualifikation" (1930, 1932). Man hat für diese Erscheinung auch schon termini technici gefunden, die sich mit Windeseile festgesetzt haben, „*Polykratie*" für dieses Durch- und Nebeneinander auf dem Gebiete der öffentlichen Wirtschaft, „*Pluralismus*" für das Durch- und Nebeneinander der politischen Elemente innerhalb des Staatsganzen (Carl Schmitt; u. a. spricht er vom „pluralistischen Parteienstaat"). Und als groteske Begleiterscheinung fällt uns der „*Abgeordnete*" ein, der sowohl für das politische Parlament (RV. Art. 21) wie für das Wirtschaftsparlament (Verordnung über den

Vorläufigen Reichswirtschaftsrat vom 4. Mai 1920, Art. 5) als „Vertreter des ganzen Volkes, nur seinem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden“ gedacht ist, sich aber dieses ehrenvollen Charakters vollständig begeben hat und geradezu zum *Exponenten des Pluralismus und der Polykratie* geworden ist.

Dieser wirre Zustand wird wahrscheinlich auch durch eine sehr „autoritäre“ Staatsführung nicht ohne weiteres überwunden werden können. Das zeigt das Beispiel des schon seit längerem besonders straff beherrschten Italien. Wer näher zusieht, erkennt, daß auch hier das pluralistische Treiben unter der Oberfläche am Wirken geblieben ist. Nur die *Gestalt* der „Sprecher“, die den mannigfaltigen Forderungen Ausdruck geben, verschiebt sich in solcher Lage. Der vielgestaltige Stoff, die aus ihm erwachsenden Bedürfnisse und damit eben die Pluralität der Sprecher bleibt. Um so verständlicher, daß der Geist der solche Zeit durchlebenden Menschen doch eben nach irgendeinem Anhalt sucht, der über die Mannigfaltigkeit hinweghelfen könnte. Hierbei steigen zunächst imponderabile Phänomene empor. So die Sehnsucht nach dem „totalen Staat“ oder der Schrei nach der „Diktatur“. Daneben trifft man auf besinnlichere Formulierungsbestrebungen wie die *Suche nach einer überparteilichen Stelle, einer „neutralen“ Gewalt.* Am ehesten hat sich dafür bei uns in Deutschland das (Berufs-) *Beamtentum* dargeboten, das aus der „parteipolitischen Verseuchung“ zu lösen und vor allem von dem politischen Führertum (Minister) zu trennen sei (Otto Koellreutter, 1930), dem also die „neuartige Mission“ zufallen würde, in dem pluralistischen Durcheinander wieder eine Säule der Unparteilichkeit zu errichten (Arnold Köttgen, 1928). Aber die Versuche zielen auch höher hinauf, wie das fast schon Symbol gewordene Wort vom „*Hüter der Verfassung*“ (Carl Schmitt, 1931) zeigt. Und jedenfalls schwebt wohl allen, die über diese Dinge auch nur flüchtig nachgedacht haben, als Mindestmaß *das Postulat des „Ausgleichs“* zwischen den verschiedenen — regulären oder irregulären — Gewalten vor.

Das aber *muß mit innerer Notwendigkeit auf den Boden der*

Generalklausel führen. Gewiß läßt sich das Verhältnis mehrerer Gewalten zueinander auch in Gestalt konkreter Einzeltatbestände darstellen (die dann zumeist den Charakter von Zuständigkeitsregeln annehmen werden). Jedoch in Zeiten solcher Unsicherheit und offenbaren Überganges wie heute reicht das nicht zu, und dann eben bietet eilends die Generalklausel ihre Dienste an. Wahrscheinlich stehen wir in dieser Hinsicht *erst am Anfang einer Entwicklung.*

Es wäre nun durchaus denkbar, auch hier an gelegener Stelle mit *Treu und Glauben* oder den *guten Sitten* zu arbeiten. Wir haben dreimal gezeigt, wie nahe sich die Dinge kommen. Bei der modernen Aktiengesellschaft und dem modernen Großkonzern kämpfen die Machtgruppen miteinander, die Verwaltungs- (Regierungs-) Gruppe, die „Minorität" usw., der Richter trennt sie mit dem Stabe der „guten Sitten", — warum nicht Gleiches für das Widerspiel der staatlichen Machtfaktoren? (Vgl. S. 24.) Die Parteien des Tarifvertrags setzen objektives Recht, sind im Rahmen der ihnen verstatteten wirtschaftlichen Autonomie „Gesetzgeber", man reguliert ihr Verhältnis im kritischen Augenblick mit „Zumutbarkeit" und „Treu und Glauben", — warum nicht auch das Verhältnis der mehreren an der staatlichen Gesetzgebung beteiligten Faktoren? (Vgl. S. 18.) Der Staat hat gelegentlich sogar diese eigene staatliche Gesetzgebungsmacht in seine Geschäfte mit Privaten eingeworfen, man hat ihm sehr deutlich mit den „guten Sitten" gedroht, — warum nicht auch, wo die staatlichen Faktoren beim Gesetzemachen unter sich bleiben? (Vgl. S. 43.)

Der Grund zur Ablehnung liegt offenbar in dem „sentimentalen" Einschlag dieser sonst so siegreichen Formeln. Das paßt nicht für die harten „politischen" Dinge. Wenn wir uns aber erinnern, daß gelegentlich auch auf den anderen Gebieten der sentimentale Boden verlassen worden ist und die Generalklauseln eine *Umfärbung nach der wirtschaftlichen Seite* erfahren haben, daß im Vollstreckungsrecht die „wirtschaftliche Gesamtlage" als Maßstab anbefohlen (S. 29), im Aktienrecht die „gesellschaftsfremden

Sondervorteile“ verpönt worden sind (S. 23), so stoßen wir sofort auf Übertragungsmöglichkeiten, ja auf wirkliche Parallelen für das Treiben der staatlichen Legislative. Freilich bleibt ein Unterschied bemerkenswert. Man vermeidet es hier, die beteiligten Gewalten durch ein *Gegeneinander* bloßzustellen, man objektiviert die Formeln, richtet sie auf das zu erstrebende Ziel und hält damit zugleich willkommene Fühlung mit dem altbewährten Stil der „*Präambeln*“.

Das historische — aber jederzeit einer Wiederholung fähige — Musterbeispiel bietet die sog. *Ermächtigungsgesetzgebung*, die im Kriege begann und dann wellenartig mehrfach wiedergekehrt ist. Sie hat den *Typus der Zielformel* geschaffen (anders der neueste, während des Druckes eingetretene Fall vom 24. März 1933). Kein solches Ermächtigungsgesetz ohne eine „Zielformel“. Das sieht gut aus, weckt Hoffnungen für die Zukunft und schmeckt nach Energie. Aber dahinter steht, wie das mehrfach vorgekommene Feilschen und Ändern an diesen Zielformeln zeigt, die *Eifersucht* zwischen Reichstag und Nebengesetzgebern — bisweilen begleitet von der Einmischung noch anderer „pluralistischer“ Gewalten — also: *die Regulierung eines Gegensatzes mittels beschränkender Generalklausel.* Da wird an der Schwelle des Krieges der Bundesrat ermächtigt, nicht etwa beliebige Maßregeln, sondern nur die Maßregeln anzuordnen, welche sich „*zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen*“ als notwendig erweisen (Gesetz vom 4. August 1914, § 3), am Ende des Krieges der Reichskanzler, die Anordnungen zu erlassen, welche erforderlich sind, „*um Störungen des Wirtschaftslebens infolge der wirtschaftlichen Demobilmachung vorzubeugen*“ (Verordnung vom 7. November 1918; vgl. auch die Gesetze vom 17. April 1919 und vom 3. August 1920 über vereinfachte Form der Gesetzgebung), während des Ruhreinbruchs die Reichsregierung, Bestimmungen zu erlassen, die erforderlich sind, „*um fremden Einwirkungen entgegenzuwirken*“ (Notgesetz vom 24. Februar 1923, Art. VI). Gerade hier war ein scharfer Kampf um die Zielformel vorausgegangen, denn der Entwurf hatte als solche vorgeschlagen: „zur Abwendung der *aus der wirtschaftlichen und*

sozialen Not für die Allgemeinheit drohenden Gefahren". Es folgen dann im Herbst des gleichen Jahres die beiden berühmtesten, die große Sanierung einleitenden Ermächtigungsgesetze vom 13. Oktober 1923 mit der Generalklausel der „Maßnahmen, welche sie (die Reichsregierung) *auf finanziellem, wirtschaftlichem und sozialem Gebiete* für erforderlich und dringend erachtet" und, vom 8. Dezember 1923 mit der Generalklausel der „Maßnahmen, die sie *im Hinblick auf die Not von Volk und Reich* für erforderlich und dringend erachtet".

Hier überall ist der Wunsch nach Begrenzung und damit Ausgleich zwischen den mehreren gesetzgebenden Faktoren klar: der Ermächtigte darf über den Rahmen der Zielformel nicht hinausgehen. Dagegen scheint es sich bei der *großen Welle der präsidialen Notverordnungen*, die mit dem Sommer 1930 anhebt, nur um einen schmückenden Titel zu handeln. Denn hier sind in den großen, „kodifikatorischen" Sammel-Verordnungen — nur auf diese gehen wir vorerst ein — die Wendung „zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände" (26. Juli 1930), die viermal hintereinander wiederkehrende Formel „zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen" (1. Dezember 1930, 5. Juni 1931, 6. Oktober 1931 mit Zusatz „und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen", 8. Dezember 1931 mit Zusatz „und zum Schutze des inneren Friedens") sowie die zuletzt in der „wirtschaftlichen" Reihe gewählte Klausel „zur Belebung der Wirtschaft" (4. September 1932) *nur in die Überschrift*, nicht wie bei der Ermächtigungslegislative in den Text aufgenommen. Aber zunächst einmal verschiebt sich das bei dem neuesten Typus der Präsidialverordnungen, der sich vom „Wirtschaftlichen" als Hauptelement löst und *sich wieder entscheidend dem „Politischen" zukehrt.* Hier treffen wir wieder, z. B. in der überaus stark benutzten Verordnung „*zum Schutze des deutschen Volkes*" vom 4. Februar 1933 (RGBl. I S. 35), die Formeln von der „unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit" oder von der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung" mitten im Text des Gesetzes. Zudem deckt gerade die letzte Wendung den Zusammen-

hang *aller* dieser vielen präsidalen Notverordnungen unter sich und mit jener Ermächtigungslegislative auf. Denn sie alle beruhen auf dem *berühmten Art. 48 der Reichsverfassung*, der selber die Generalklausel von der „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ führt und gerade damit ebenfalls eine Kompetenzabgrenzung setzen, *eine Regel für das Widerspiel der gesetzgeberischen Kräfte* geben will: der Präsident des Reiches darf nicht *beliebig* handeln, sondern nur, soweit es dem Sicherheits- und Ordnungsprinzip entspricht, — so wie der ganz gewöhnliche Gläubiger oder Schuldner des Privatrechts oder die ganz gewöhnliche Regierungsgruppe des Aktienrechts nicht nach Belieben handeln dürfen, sondern nur, soweit es dem Prinzip von Treu und Glauben oder den guten Sitten entspricht.

15. Wir sind damit an einem letzten und sehr gefährlichen Punkte angelangt. Offen zutage liegen die literarischen Bestrebungen, *den Staat auch aus der Umklammerung solcher letzter Formeln* zu lösen und ihn zum nackten Gewalt- oder Machtstaat zu deklarieren. Dann also würden seine Organe an nichts mehr, weder an „Treu und Glauben“ noch an „Sicherheit und Ordnung“ gebunden sein.

Daß die *äußerliche* Verknüpfung des staatlichen Handelns mit solchen deckenden Formeln verloren gehen wird, ist unwahrscheinlich. Alle Usurpatoren, Diktatoren, Eroberer der Weltgeschichte haben rasch genug das Verlangen gehabt und es meisterhaft verstanden, ihr Tun mit einer Zielformel wie „Staatswohl“, „Sicherheit und Ordnung“, „Gerechtigkeit“ oder dergleichen in Verbindung zu bringen. Aber gerade das deckt, über die Zeiten und Völker hinweg, *die äußerste Gefahr der Generalklauseln* auf. Wo eine übergeordnete Macht Generalklauseln setzt und unabhängige Richter die Klauseln handhaben, bleiben die Klauseln trotz ihrer großen Beweglichkeit Maßstäbe. Wenn aber der Staat als oberste Macht selbst die Generalklauseln für sein *eigenes* Verhalten setzt, *fließt der Beweglichkeitsfaktor mit dem Machtfaktor in Eins zusammen*, die Generalklausel hört auf Maß-

stab zu sein und wird zur einseitig und unkontrollierbar zu führenden Waffe.

Und plötzlich steht wieder das Römerreich vor unserem Angesicht, und zwar in dem Augenblick, da es sich zum *byzantinischen* Staat zu wandeln begann. Denn gerade Konstantin war es (Kaiser von 306 bis 337), der gegenüber dem alten, echten „ius" eine besonders breite Pforte für die „*aequitas*" geöffnet und die Feststellung dessen, was „billig" sei, *seinem kaiserlichen Willen vorbehalten* hat: „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem *nobis solis et oportet et licet inspicere*" (Gesetz vom Jahre 316, C. 1, 14, 1). Welche Gewalt dieser lockenden, imperatorischen These innegewohnt hat, mag man daran ermessen, daß noch ein Jahrtausend später die Postglossatoren Bartolus, Salycetus u. a. zu jenem Gesetz von 316 verkündet haben: „Judex non debet (!) recedere a iure scripto propter aequitatem non scriptam, *nisi auctoritate principis* (!), ad quem hoc pertinet, sc. limitare ius scriptum." Immerhin bliebe hierbei noch die Möglichkeit, den Begriff der „aequitas" mit außer-eigenen, über dem eigenen kaiserlichen Ich gelegenen Werten zu füllen. Aber der Freiburger Rechtshistoriker Fritz Pringsheim, der sich um die Aufhellung dieser Dinge besonders verdient gemacht hat (Savigny-Zeitschrift Bd. 42 S. 643 ff., Bd. 52 S. 78 ff.), hält uns den scharfen Satz entgegen: „Das absolute Kaisertum verkündet mit der aequitas zugleich *die von der Schranke des ius befreite Autorität des kaiserlichen Willens*."

II.

Vom Tatbestand wenden wir uns jetzt der *Bewertung* zu. Die Generalklauseln sind in machtvollem Vordringen begriffen, nichts spricht für Stillstand in den nächsten Jahrzehnten. Wie ist diese Erscheinung zu klassifizieren? Ist sie gut oder schlecht?

Als Ulpian sich zum bonum et aequum bekannte, stand der *Niedergang* als drohendes Mal am fernen Himmel. Mit Konstantin setzte die greifbare Wendung ein. Unter Justinian ist der Niedergang vollzogen.

Sind wir ebenso weit? Hat Spengler richtig gesehen: Untergang des Abendlandes? Ist die Auflockerung der Tatbestände, ist die *Flucht in die Generalklauseln* wirklich ein Schwächezeichen, oder entspringt sie einem Höhengefühl: Hinaus aus der Enge starrer Tatbestände, Freiheit, *neue Weltanschauung?*

16. Der *Jurist*, pflichtgemäß an besonnenes Werten gebunden, pflegt einer neuen Erscheinung zunächst mit den Waffen fachmännischer *Dogmatik* zu begegnen. Das soll auch hier geschehen. Jedoch kann nicht mehr geboten werden als eine flüchtige Skizze. Sie wird sich auf folgende *vier Fragen* beschränken: 1. Abscheidung der Generalklausel von ähnlichen Erscheinungen der Rechtswelt, 2. Tragweite der Generalklausel (etwaige Grenzen), 3. Verhältnis mehrerer Generalklauseln zueinander, 4. Eingliederung der Generalklausel in das Rechtssystem. Es wird sich zeigen, daß alle vier Fragen durchaus neu und von einer letzten Klärung noch weit entfernt sind.

Gleich die erste Frage, *Abscheidung von verwandten Erscheinungen*, ist recht schwierig. Es gibt innerhalb jeden Gesetzes massenhaft *„dehnbare“ Begriffe* (im Strafrecht die „normativen“ Tatbestandselemente Mezgers). Wie hebt sich von ihnen die Generalklausel ab? Offenbar durch ihre *größere Spannweite*. Der

„dehnbare" Begriff will Tatbestand oder Tatbestandsteil bleiben, die Generalklausel will gerade *über* den (Einzel-) Tatbeständen stehen. Natürlich ist die Grenze flüssig. Als man vor fünfzig Jahren das Scheidungsrecht des werdenden Bürgerlichen Gesetzbuches beriet, fügte man den einzelnen „Tatbeständen", gerade um einen „weiteren Spielraum für richterliches Ermessen" zu gewinnen, den sog. relativen Scheidungsgrund bei. Hat er wirklich den Charakter einer „Generalklausel" bekommen? In der Diskussion ist öfter von ihm als „clausula generalis" gesprochen worden (z. B. Motive 4 S. 573), doch aber war das — gemessen an unserem Maß — schief gesehen. — Besonders eindrucksvoll ist es, wenn eine Generalklausel allmählich wieder verengert wird, sie kann dann auf das Niveau einer bloß dehnbaren Regel zurücksinken. Vielleicht hat das von jenem Vorgang innerhalb des Aktienrechts zu gelten, der sich mit dem Mißbrauch der Stimmgewalt befaßt: Zuerst „Treu und Glauben" oder „gute Sitten", dann Zusammendrängung auf „gesellschaftsfremde Sondervorteile" (S. 23). Umgekehrt kann aus der *Addition* von dehnbaren Einzelregeln eine Generalklausel erwachsen, wofür sich etwa der „*wichtige Grund*" anführen ließe (S. 13). Solches Hin und Her, solches Flüssigsein der Grenzen darf den Wissenschaftler nicht schrecken. Noch niemandem ist es gelungen, das Staatsrecht haarscharf vom Verwaltungsrecht, das Organ vom bloßen Stellvertreter oder die „Allgemeinen Lehren" vom „Besonderen Teil" in wirklich zwingender und mathematisch meßbarer Weise zu sondern. Das wird auch bei dem Gegensatz der Generalklausel zum bloßen dehnbaren Einzelbegriff in den Kauf genommen werden müssen. — Schwieriger noch dürfte der Gegensatz der Generalklausel zu der verfassungsrechtlichen Erscheinung des „*Programmsatzes*" zu bestimmen sein. Bekanntlich sind diese Programmsätze, diese „richtungweisenden Werturteile" und ähnlichen Formulierungen in der Reichsverfassung von 1919 stark vertreten, aber sie sind auch sehr verschieden unter sich und noch keinesfalls endgültig erforscht. Da ist es schwer, einen Gegensatz herauszuarbeiten. Ich möchte annehmen, daß die

Generalklausel den Programmsatz an Stärke übertrifft. Sie unterscheidet sich von ihm dadurch, daß ihr *der unmittelbare Wille zur Rechtssetzung oder Rechtsbeeinflussung* innewohnt. Was damit gemeint ist, wird bei der Beantwortung der vierten Frage noch deutlicher werden.

Die zweite Frage beschäftigt sich mit den *Grenzen, die der Tragweite einer Generalklausel gesteckt sind.* Daß solche Grenzen da sein müssen oder jedenfalls dem Gesetzgeber vorschweben, leuchtet ein. Sonst genügte eine einzige Generalklausel, um das ganze Rechtsleben eines Volkes zu meistern. In Wirklichkeit sind neben ihr viele andere Gesetzesregeln da, und zu den Gesetzesregeln treten dort, wo Vertragsfreiheit besteht, die vielen Vereinbarungen der Parteien. Dieser ganze Stoff muß irgendwie geeignet sein, der Generalklausel Schranken zu setzen. Sie kann ihn nicht in einem einzigen Anlauf über den Haufen werfen. Eine Zeitlang hat es so ausgesehen, als ob jedenfalls *gewisse gesetzliche Einzelvorschriften schlechthin unangreifbar für die Generalklausel* seien. So innerhalb des bürgerlichen Rechts die *Formvorschriften*, die *gesetzlichen Fristen*, das Institut der *Verjährung*. Neuerdings nagt aber auch an ihnen bereits der scharfe Zahn der „guten Sitten" oder der Formel von „Treu und Glauben": wer das Unterlassen der Form treulos erschleicht, wer Fristen unsittlich umgeht, darf sich *nicht* hinter die gesetzlichen Einzeltatbestände verstecken. Für den Zivilprozeß mag an den Sturz der formalen Rechtskraft mittels 826 erinnert werden (S. 24). Trotzdem *muß* irgendwo eine Grenze liegen, wenn man nicht alles in die verzichtende Erkenntnis auflösen will, daß notwendigerweise dem adjuvare und supplere das ius-corrigere auf dem Fuße folgt. — Nicht anders steht es mit dem Verhältnis zur *Vertragsfreiheit der Parteien.* Daß immer und immer wieder vertragliche Abmachungen an den Generalklauseln scheitern, ist nicht zu verwundern. Darin besteht das Wesen der Generalklausel. Aber es ist undenkbar, das gewaltige Heer der Vertragsabreden im ganzen mittels einer oder mehrerer Generalklauseln totzuschlagen. Ich bin geneigt, die Grenze funktionell dahin zu bestimmen,

daß die Generalklausel nur *zur Abwehr* der ihrem Geist widersprechenden Vertragselemente berufen ist, nicht aber umgekehrt *zum Angriff* in das Gebiet der Vertragsfreiheit übergehen darf.

Das *Verhältnis mehrerer Generalklauseln zueinander* bildet den Gegenstand der dritten Frage. Auch hier fehlt es bisher an jeglicher Vorarbeit. Ja selbst die bloße Fragestellung habe ich bisher nirgends gefunden. Eine Vorfrage geht dahin, ob *die einzelne Generalklausel auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkt* bleibt. Man sollte das zunächst annehmen. Alle Generalklauseln, die wir kennengelernt haben, haben ein Stammgebiet, Treu und Glauben das bürgerliche Recht, die mildernden Umstände das Strafrecht, öffentliche Sicherheit und Ordnung das Staatsrecht, die Härteklausel das Steuer- oder Vollstreckungsrecht. Aber sind sie an diesen ihren Heimatsboden gebunden? Die Erfahrung spricht dagegen. Wir haben insbesondere den unerhörten *Siegeszug von Treu und Glauben* durch fast alle Rechtsgebiete kennengelernt. Diese Erscheinung ist so mächtig, daß sie offenbar jeder konstruktiven Erfassung (etwa als „Analogie" oder dergleichen) spottet und Zweifel aufsteigen läßt, ob es sich hier überhaupt noch um einen juristischen oder nicht vielmehr um einen *metajuristischen Vorgang* handelt. — Freilich setzt sogleich wieder pflichtgemäße Ernüchterung ein, wenn an die *Kollision zweier Generalklauseln* gedacht wird. Denn hier muß Farbe bekannt werden. Entweder geht die eine vor oder die andere. Ich habe keinen praktisch gewordenen Fall dieser Art finden können. Trotzdem liegt ein Beispiel nahe. Wir haben beobachtet, welche große Rolle „Treu und Glauben" in dem Treiben zwischen Verwaltungsbehörde und Bürger spielt (S. 44). Namentlich haben die Gerichte immer wieder den Grundsatz aufgestellt, daß sich hierbei beide Teile auf das (längere Zeit hindurch betätigte) Verhalten des anderen sollen verlassen dürfen. Das hat dann mehrfach unter dem Zeichen von Treu und Glauben zur Unabänderlichkeit einmal getroffener Maßnahmen geführt. Wie aber, wenn plötzlich das „allgemeine Wohl", Generalklausel mancher Polizei- und verwandter Gesetze, dagegen auftritt? Man wird

dann geneigt sein, „Treu und Glauben" schleunigst fallen zu lassen. Aber geht das auf mehr als ein bloßes unbestimmtes Gefühl zurück? Die bequeme Formel, daß die eine Generalklausel „privatrechtlich" sei, die andere „öffentlich-rechtlich" und deshalb stärker, reicht ganz gewiß nicht zu. Denn abgesehen davon, daß seinerzeit die gewaltige Frage der Aufwertung durch den Sieg von „Treu und Glauben" über das „öffentlich-rechtliche" Währungsgesetz entschieden worden ist, ist keineswegs der Beweis erbracht, daß nicht „Treu und Glauben", soweit sie überhaupt für öffentlich-rechtliche Verhältnisse herangezogen werden, damit selbst aus einem „privatrechtlichen" zu einem „öffentlichrechtlichen" Maßstab werden. Es zeigt sich also, daß auch die dritte dogmatische Frage nach dem Verhältnis mehrerer Generalklauseln zueinander noch nicht spruchreif ist.

Bei weitem am schwierigsten ist die letzte Frage: *An welcher Stelle des Rechtssystems sind die Generalklauseln einzugliedern?* Daß sie — als allgemeine Erscheinung erfaßt — nicht jeweils in ihren Heimatsgebieten hängen bleiben können, ist selbstverständlich, ganz abgesehen von der eben behandelten Grenzüberschreitungsmöglichkeit. Vielmehr erscheinen sie als *allgemeine Waffe und Mittel der Rechtsgestaltung*. Es wohnt ihnen, wie schon gesagt, der Wille zur Rechtssetzung inne (S. 55). Darum sind sie mehr als bloße Wegleitung für den Richter oder den Gesetzgeber und unterscheiden sich so von der „Auslegung" und dem schon erwähnten „Programmsatz". Aber weiter: sie sind auch mehr als bloße *Entwicklung* eines schon vorhandenen Gedankens, dadurch unterscheiden sie sich von der „Analogie" und wohl auch von den „normativen" Tatbestandselementen des Strafrechts (Mezger). Sie wollen vielmehr *in unablässiger Erneuerung* das lebendig weiterfließende Recht begleiten und beeinflussen, so daß nur noch die bedeutende Frage offen bleibt, ob sie dabei *Elemente des materiellen Rechts oder Elemente der Gerichtsbarkeit* sind. Man hat sie gelegentlich als „Blankettvorschriften" bezeichnet. Auch das läßt die Entscheidung offen, je nachdem man an den einzusetzenden Stoff oder an die Tätigkeit des Ausfüllens denkt.

Gewinnender ist beim ersten Anblick das letztere. Es klingen da jene Saiten mit, die in der Freirechtsbewegung oder in den Ermessens-Erörterungen des Strafrechts so oft angeschlagen worden sind. Man ist dann geneigt, von einer „allgemeinen Schwerpunktsverschiebung vom Gesetz auf den Richter und Vollzugsbeamten" (Drost für das Strafrecht) oder dergleichen zu sprechen. Mir will scheinen, daß umgekehrt durchaus die materielle Seite überwiegt. *Alle Kulturwerte, alle wirtschaftlichen Belange der Nation und der Einzelbeteiligten* sollen mittels der Generalklauseln ihren Eingang in das Rechtsganze finden. *Wer* die Prozedur der Einführung übernimmt, ist zweiten Grades. Warum soll auch nicht der Verwaltungsbeamte neben dem eigentlichen Richter oder gar die privaten Parteien selbst daran beteiligt sein? So erscheinen die Generalklauseln geradezu als *ein Stück offengelassener Gesetzgebung*. Das hält auch Fühlung mit der äußerst kritischen, früher schon berührten Frage, ob der Richter, der mit „Treu und Glauben", mit der „Härteklausel", mit „unverhältnismäßigem Nachteil", mit „Zumutbarkeit", mit „übergesetzlichem Notstand" arbeitet, überhaupt noch „Recht anwendet", oder nicht vielmehr *in Gestalt eines „Ausgleichs" eine neue Lage setzt*. Dabei erscheint er dann allerdings neben seiner Richterherrlichkeit bald wie ein Gesetzgeber, bald wie ein gestaltender Verwaltungsbeamter. Das würde bedeuten, daß an dieser Stelle *Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung ineinander überfließen*. Sollte nicht auch das *ein Stück großen historischen Geschehens* sein?

17. Wenn wir nun nach den *Gründen* dieses gegenwärtigen Geschehens, dieser erstaunlichen Häufung und Machterweiterung der Generalklauseln fragen, so stoßen wir auf *drei miteinander zusammenhängende Erscheinungen*.

Der erste Grund ist die *erdrückende Überfülle des Stoffes*, unter der wir zu leiden haben. Zweifellos ein klares, Jahrzehnte überspannendes Stück Zeitgeschichte. Wer kommt noch mit? Auch der kräftigste Gesetzgeber oder sonstige Sachwalter des Rechts bleibt auf der Strecke. Wir kennen zwar das rastlose *Arbeiten der Gesetzesmaschine*, aber wir empfinden dumpf, daß es vergeblich

ist. Der Ruf Schlegelbergers, des wohlunterrichteten Ministerialdirektors im Reichsjustizministerium, nach „Rationalisierung" der Gesetzgebung (2. Aufl. 1928) ist bisher ohne Echo verhallt. Fieberhaft jagt die Gesetzgebung hinter den immer verwickelter werdenden Zeitereignissen her. Sie holt sie nicht ein. Es bleibt Stückwerk, dieses aber in unerhörter Fülle. Ganz ebenso das Bild der *Judikatur*. Man lege den 1., den 50., den 100., den 140. Band der Reichsgerichtsentscheidungen nebeneinander — ein niederschmetternder Vergleich. Behaglich plätscherte der 1. Band, auch noch der 50., in den Bahnen des klassischen Zivilrechts und des klassischen Zivilprozesses. Es fiel schon auf, wenn einmal ein Urteil aus einem „Nebengebiet" wie dem Urheberrecht dazwischen geschoben war. Und jetzt? Eine Fülle buntesten, wirren, zusammenhanglosen Rechtsstoffes. Neben dem Reichsgericht überdies eine Serie anderer „höchster Gerichtshöfe", das Reichswirtschaftsgericht, das Kartellgericht, das Reichsarbeitsgericht. Lauter Einzelwerk genauso wie bei der Gesetzgebung. — Gegenüber solcher Zersplitterung, solchem Zerfall in Kleinarbeit bieten sich *die Generalklauseln wie Retter des Systems*, wie Kuppelbauten, zusammenfassende Glocken an, die *über* den kümmerlichen Kleinstoff gestülpt werden können. Das eben ist ihr erster Wegbereiter.

Der zweite Grund für ihr „Avancieren" liegt tiefer. Er läßt sich formulieren als *innere Haltlosigkeit*. Das freilich ist im gegenwärtigen Augenblick ein sehr heikles und sehr ernstes Thema. Denn die deutschen Menschen ringen mit der ihnen eigentümlichen Leidenschaft gerade jetzt nach Wiedergewinnung eines solchen Haltes. Viele glauben schon in seinem Besitze zu sein, vornehmlich die Jugend. Aber dann bliebe jedenfalls das unbestreitbare Faktum, daß in der Vergangenheit — und zwar über die Nachkriegszeit und Kriegszeit weiter zurückreichend — die „innere Stimme" gefehlt hat. Zum mindesten in den juristischen Bezirken. Da eben waren es wieder die Generalklauseln, die ihren lockenden Klang vernehmen ließen. Sie haben fast alle einen *ethischen* Klang, Treu und Glauben, Gute Sitten, Mitleid mit dem kleinen Sünder, Schutz des deutschen Volkes. Mit

nüchtern ausgeschliffenen Einzelregeln läßt sich nun und nimmer ein solcher gewinnender Eindruck hervorrufen. Es mag sein, daß er durch das Wiedergewinnen der „inneren Stimme“ noch weit überboten werden würde. Aber werden dann diese unheimlich vorgedrungenen Generalklauseln verschwinden? Die Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß vielmehr der „neue Geist“ sich ihrer bedienen, sie also eher noch weiter treiben wird, als es bisher geschah.

Am schwersten ist es für den lebenden Geschichtsschreiber, von dem dritten Grunde zu sprechen: der *Ermüdung*. Auch dieser Grund kann jedenfalls aus der Vergangenheit — etwa des letzten Menschenalters — nicht durch wohlwollendere Beurteilung der neuesten Gegenwart oder hoffnungsvolle Betrachtung der Zukunft weggelöscht werden. Was sollte aus der zermalmenden Fülle des Stoffes und innerer Haltlosigkeit anderes entspringen als ein *langsames Nachlassen der Kraft?* Dann wieder „helfen“ bereitwillig die *bequemen* Generalklauseln, und ihre Hilfsbereitschaft öffnet ihnen und erweitert ihnen tagtäglich die Bahn. Darauf wird bei den „Gefahren“ nochmals zurückzukommen sein. Hier haben wir die Erscheinung nur als dritten und letzten *Grund* dafür aufzudecken, warum Treu und Glauben, gute Sitten und die anderen generellen Klauseln bis in die Gegenwart hinein im jähen Vorrücken begriffen gewesen sind.

18. Es könnte nach dem, was wir eben ins Auge gefaßt haben, so scheinen, als seien die Generalklauseln das Absolut-Verderbliche. Aber davon kann nicht die Rede sein. Denn ihr Wesen ist zwiespältig, und nur *darin* beruht die später zu würdigende Gefährlichkeit. Vorerst ist festzustellen, daß mittels dieser Generalklauseln im Bereiche der Justiz (und der juristischen Dogmatik) Großes geleistet worden ist und immer von neuem geleistet werden kann. Wir betrachten also zunächst das Aktivum der Bilanz, die *Leistungen* der Generalklauseln.

Offenbar liegt ihr juristischer, allgemeiner gefaßt *ihr geistesmächtiger Wert* in dem unbestimmten Ausmaß ihrer inneren Tragweite. Sie gewähren Beweglichkeit, „Freiheit“, *Lockerung*. Wir

werden gut tun — in Nachbildung des berühmten Wortes Johann Gottlieb Fichtes von der akademischen Freiheit — unsere Frage nicht zu stellen: Lockerung wovon?, sondern sogleich: Lockerung *wozu?* Gerade damit gewinnen wir Einblick in das, was mittels der Generalklauseln geleistet worden ist und geleistet werden kann. *Wozu hat man sie verwendet und wozu kann man sie verwenden?*

Zu dreierlei: Zur Lösung akuter Einzelkonflikte, zum Aufbau ganz neuer, auf Dauer berechneter Rechtsinstitute und zur allgemeinen Hebung des Judiziums auf eine höhere Plattform.

Für die *Lösung akuter Einzelkonflikte* springen die Beispiele ohne weiteres aus den einzelnen Abschnitten unseres I. Teiles heraus, und zwar in unablässiger Folge. Entweder werden z. B. die Maßstäbe von Treu und Glauben usw. zur Revision, gegebenenfalls zur *Annullierung ganz bestimmter geschlossener Verträge* verwendet. Oder es wird darüber hinaus eine *Neuverteilung wirtschaftlicher Güter oder wirtschaftlicher Macht zwischen den beteiligten Privaten* vollzogen wie bei dem Konflikt zwischen der Verwaltungsgruppe und den übrigen Aktionären oder bei dem Konflikt zwischen dem Kartell und einem seiner Mitglieder (Kündigung wegen „wichtigen Grundes"). Ebenso im *Strafrecht*, wo dem Konflikt zwischen Sühneverlangen und der besonderen Lage des Falles mit den mildernden Umständen — der generalis exceptio lenitatis (S. 36) — begegnet wird. Ebenso auch im öffentlichen Recht, wo die *Verteilung der politischen Macht*, vornehmlich unter den gesetzgebenden Faktoren, von Fall zu Fall durch staatsrechtliche Generalklauseln vor dem Staatsgerichtshof oder ähnlichen Stellen reguliert werden kann. — In allen diesen ungezählten Lagen, ja überall, wo sie vorkommt, lindert auf diese Weise die ins Gesetz eingebaute Generalklausel die Schwäche der „Allgemeinheit", nicht im voraus das „Konkrete" restlos erfassen zu können. Sie feiert so unter dem Zeichen der „*Anpassungsfähigkeit*", der „Elastizität" einen immer wiederkehrenden Triumph. Schon die Motive zum BGB. stellten jene Schwäche der allgemein sein wollenden Norm heraus: „Es ist weder dem Gesetze, noch für

die Regel dem Geschäftsverkehre möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben, vollständig läßt sich der Inhalt einer Leistungsverbindlichkeit nur im konkreten Falle erkennen" (Bd. 2 S. 26), und sie verwiesen darum auf diejenige Stelle des I. Entwurfs (§ 359), wo der Inhalt der schuldnerischen Leistungspflicht nach „Verkehrssitte" und „Treue und Glauben" bestimmt werden soll. Gerade aus dieser Anpassungsfähigkeit der Generalklauseln ist dann immer wieder bei rückschauenden oder auch vorwärts gerichteten Betrachtungen die *Lebensfähigkeit des Gesetzes im ganzen*, insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuches abgeleitet worden. So habe ich selbst, als diese große Kodifikation ein Vierteljahrhundert alt war, unter Hinweis auf Treu und Glauben, auf gute Sitten und verwandte Formeln geschrieben: „Wenn man ein Gesetzbuch für *lebendig* ansieht, so kreist eben doch unter dem Druck der neuen geistigen Vorstellungen das Blut ganz anders in seinen Gliedern als vor fünfundzwanzig Jahren" (DJZ. 1925 Sp. 6). Und Oertmann, der berühmte Kommentator des Bürgerlichen Gesetzbuches, spricht sich sechs Jahre später in einer Aufsatzreihe „Gesetzgeberische Zukunftsaufgaben" für die Wertbeständigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade deshalb aus, weil die „tonangebenden" Vorschriften der §§ 157, 242, 826 eine immer neue „Ausfüllung" des Gesetzes in die Zukunft hinein ermöglichten, und zwar „*in ständiger Anpassung an den Wandel der Bedürfnisse und Anschauungen*" (DJZ. 1931 Sp. 265).

Diese Erstreckung der Wirksamkeit in die Zukunft hinein und die damit verbundene *Dauerhaftigkeit* wird dann auch zum Fundament für die *zweite Leistungsmöglichkeit*, die sich der Generalklausel darbietet. Sie vermag dank dieser Dauerhaftigkeit und der darin beschlossenen Erprobungsmöglichkeit *ganze neue Rechtsinstitute* ins Leben zu setzen. Hier ist wieder ein Punkt, um an die Generalklauseln unserer Vorväter zu erinnern (vgl. S. 4). Denn aus der exceptio doli generalis haben die Römer und später die Pandektisten in der Tat mancherlei Rechtsinstitute entwickelt,

die uns heute zur Selbstverständlichkeit geworden sind, wie z. B. die Aufrechnung, das Zurückbehaltungsrecht und das beneficium cedendarum actionum. Und aus der berühmten Klausel 10 II 17 des preußischen Landrechts haben sich, wie es Hatschek darstellt, die „besonderen Formen der Polizei", so die Baupolizei, die Theaterpolizei, die Sittenpolizei entwickelt (Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5. und 6. Aufl., 1927, § 32). Von unserem Zeitalter und unseren neueren Generalklauseln gilt das offenbar in wesentlich gesteigertem Maße. Ich möchte den Vertretern des *Staatsrechts* nicht vorgreifen mit dem Nachweis, wie viel an neuen Rechtserscheinungen, echten Institutionen, aus dem Art. 48 RV. und seinen abgeleiteten Generalklauseln („zum Schutze des Volkes" usw.) emporgestiegen ist. Ich möchte auch das *Strafrecht* nur kurz streifen, etwa, um an die Schöpfung des „übergesetzlichen Notstands" zu erinnern (S. 36). Denn es *genügt*, die Wunderleistungen der Generalklauseln des *bürgerlichen Rechts* ins Licht zu rücken. Das ganz große, in seiner Einzigartigkeit und Reichweite unvergeßliche Beispiel ist *das Rechtsinstitut der Aufwertung*, das für Millionen von Volksgenossen geradezu bestimmend in ihrer Lebensführung geworden ist und das juristisch ganze Reihen von Kommentaren, Entscheidungssammlungen und Kartotheken hervorgerufen hat. Worauf fußte es? *„Die vermißte objektive Grundlage wird durch die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB.) geschaffen"*, hat in geradezu zwingender Einfachheit der höchste deutsche Gerichtshof festgestellt (RGE. Bd. 102 S. 274, Urteil vom 7. Juni 1921; vgl. bereits oben S. 11 und mein Buch „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht" S. 326). Aber dieses wahrhaft großartige Beispiel steht nicht allein. Unablässig zeugen die eben genannten Generalklauseln des BGB. in allmählichem Wachsen neuartige Rechtserscheinungen, die nach und nach zum eisernen Bestande der Zivilrechtsdogmatik werden. Da ist etwa der heute unentbehrliche *Gedanke der Culpa in contrahendo*, anfangs mit größtem Mißtrauen behandelt, jetzt völlig eingebürgert: „Er ist letzten Endes ein Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens des § 242", wie

einer der großen Kommentare, der anerkannten Meinung folgend, feststellt (Staudinger). Oder, besonders seltsam und weittragend, das *Rechtsinstitut der Verwirkung*, früher völlig unbekannt, jetzt in kühnem Eroberungszug neben Verjährung und Ersitzung aufmarschiert, von jungen Schriftstellern mehrfach monographisch behandelt (vgl. die Jenaer Dissertation von Erdmann, 1933). Weittragend haben wir dieses Rechtsinstitut genannt, weil es nicht in den Bezirken des bürgerlichen Rechts hängen geblieben, sondern — wieder ein Beispiel für das imponierende Weiterwandern solcher Generalklauseln — *auch den Boden des öffentlichen Rechts betreten* hat, auch dorthin getragen vom Flügelschlag der Worte „Treu und Glauben" (vgl. den Aufsatz des Referendar Küchenhoff im Reichsverwaltungs-Blatt 1930 S. 275). Wer weitere öffentlich-rechtliche „Rechtserscheinungen" studieren will, die aus „Treu und Glauben" in der letzten Zeit geboren sind, findet Anregungen am Schlusse des früher schon genannten Aufsatzes des Heidelberger Professors Jellinek (oben S. 44).

Gewiß kann solche *schöpferische* Leistung an sich schon die Beteiligten, also die juristische Welt, mit Stolz erfüllen. Aber von hier aus führt die Betrachtung der Leistungsfähigkeit unserer Generalklauseln noch eine Stufe höher. Denn überhaupt sind sie geeignet, bei richtigem Gebrauch das Schaffen des Juristen auf *eine höhere Plattform* zu erheben. Die Spannweite ist hierbei freilich groß. Sie reicht vom bloßen Schmuck bis zu höchster ethischer Rechtfertigung. — „*Verzierung*" gefundener Entscheidungen mit „Treu und Glauben" ist nahezu schon zum Sport der heutigen Juristengeneration geworden. Man kann sehr viele Entscheidungen nachweisen, denen nach gefundenem und durchkonstruiertem Urteil zu guter Letzt noch „Treu und Glauben" oder auch die „guten Sitten" wie eine Krönung aufgepflanzt worden sind. Die „positiven Vertragsverletzungen" z. B. sind, nachdem sie längst sich eingebürgert hatten — neuerdings freilich glaubt Heinrich Stoll in Tübingen sie totsagen zu können (Archiv für die civilistische Praxis, N. F. 16 S. 257 ff.) —, noch nachträglich in den Sprüchen des Reichsgerichts zweckloserweise mit Treu und Glauben ver-

brämt worden. Auch im *Strafrecht* scheinen wir einer solchen Verbrämung, der Aufsetzung eines der Generalklausel entlehnten Schnörkels in mancherlei Urteilen entgegenzugehen. Blitzartig taucht die *Gefahr* auf, die hinter solcher Verflachung sitzt. — Aber sie scheint zu schwinden, wenn mehr gemeint ist als ein bloßer Schnörkel. So schon, wenn mit der Handhabung geeigneter Generalklauseln *der sog. Buchstabenjurisprudenz entgegengewirkt* wird, wovon schon gelegentlich in den Protokollen zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Rede war (Bd. 1 S. 239). Mehr noch, wenn der Richter die Generalklausel dazu benützt, um in den Spannungsverhältnissen der vor ihm auftretenden Parteien sich *auf die Seite des schwächeren Teiles* zu stellen. In einem geistvollen Aufsatz hat Müllereisert darauf hingewiesen, daß beinahe „konjunkturmäßig" Gläubigerfreundlichkeit und Schuldnerfreundlichkeit in der allgemeinen Volksstimmung abwechseln. Demgegenüber kann es dann in der Tat zur Aufgabe des Richters — der die darzubringende Leistung zu bestimmen hat — werden, mittels einer Generalklausel dem Teil beizuspringen, der „nach der gerade herrschenden Grundhaltung" benachteiligt ist. Daß dann sogar die Generalklausel *zum tragenden Grund* einer ganzen Rechtsinstitution werden kann, haben wir eben an Hand der Aufwertung festgestellt. Gerade diese auf dem Boden einer Generalklausel erwachsene Schöpfung war sicherlich durchglüht von *ethischem Pathos*. Das Reichsgericht fühlte sich hier entschieden als Wahrer höchster Güter, als Sachwalter einer fast schon metajuristischen „*Gerechtigkeit*". Ein solches edles Fühlen ist natürlich auch bei minder wichtiger Verwertung, gewissermaßen im Alltag möglich. Und so allerdings vermöchten die Generalklauseln zu einem kostbaren Attribut richterlicher Herrlichkeit zu werden. *Sehnsucht* dahin durchzieht offensichtlich unsere Zeit. Schließt doch der Berliner Rechtsgelehrte Ernst Heymann eine Betrachtung über den heutigen Stand der *Rechtsphilosophie* mit den Worten: „Der dunkle Drang nach einer geläuterten Lehre zeigt sich in dem merkwürdigen Übermaße der Betonung von Treu und Glauben und guter Sitten in unserer Praxis. Ein unbewußter und erschüttern-

der Ruf nach philosophischer *tieferer Erkenntnis des Rechts und der Gerechtigkeit*" (Festschrift für Schmitt-Ott).

19. Aber mit harter, fast grausamer Deutlichkeit drängt sich nun, gespeist aus dem Bereiche historischer Beobachtungen, *die andere Seite* dieser „zwiespältigen" Generalklauseln auf, ihre *Gefährlichkeit*. Sie wird durch die drei Worte *Verweichlichung, Unsicherheit und Willkür* gekennzeichnet.

Die *Verweichlichung* ist in erster Linie eine Verweichlichung im Denken; auf eine zweite, noch bösere Art kommen wir später zurück. Was mit der Denkverweichlichung gemeint ist, tritt am deutlichsten bei dem juristischen *Schülermaterial* zutage. Wir Professoren wissen Bescheid darum. Von Jahr zu Jahr steigert sich der bequeme Begriff nach „Treu und Glauben", nach „10 II 17" usw. Der schweren Arbeit des Durchkonstruierens wird immer mehr ausgebogen. Der Einzelsatz ist hart und spröde, die Kombination und das Gegeneinander mehrerer Einzelsätze ist noch schwieriger und zeitraubender. Wie leicht tut es sich da bei der „Lösung" eines Falles mit Treu und Glauben oder den guten Sitten. Wir sind gern bereit, alle jene Gründe, die zur Mehrung der Generalklauseln beigetragen haben (S. 58), die entsetzliche Überfülle und Zersplitterung des Stoffes, die allgemeine Ermüdung, die daraus entspringt, auch der nachrückenden Jugend zugutezuhalten, auch ihr eine exceptio lenitatis zuzubilligen, aber die *objektive* Erscheinung kann nicht verschwiegen werden: daß hier ein bedenklicher Verweichlichungsprozeß im Gange ist.

Von da aus gelangen wir mit einem Sprunge zum *Gesetzgeber*. Auch hier das gleiche Bild. In jagendem Fluge fabriziert er seine Gesetze, seine Notverordnungen, seine Aus- und Durchführungsbestimmungen. Er stellt Einzeltatbestände auf, einige nach gründlichster Feile, andere schon flüchtiger, um dann — vom Mißtrauen gegen sein eigenes Werk befallen — bei der Generalklausel zu landen. Will man diesen Vorgang besonders deutlich machen, so muß man sagen: Es fehlt die Zeit, die Kraft, die Lust, den zu behandelnden Stoff restlos durchzudenken, das Denken des Gesetzgebers bricht vorher ab, er tritt *die Flucht zur Generalklausel* an.

Am gefährlichsten aber ist das Eindringen dieser Verweichlichungserscheinung in den Bezirk der *richterlichen Tätigkeit*. Auch hier gibt es Milderungs-, Entlastungsgründe genug. Keinem einzelnen aus dem Korps der Richter wird ein Vorwurf zu machen sein. Aber der *Gesamtstand der Justiz* muß leiden, wenn auch hier, wie deutlich erkennbar, im Übermaß zu den lockenden, ach so einfachen Generalklauseln geflüchtet wird. Blitzartig wird die Gefahr durch ein imaginäres Beispiel beleuchtet: Culpa concurrens, mitwirkendes Verschulden. Hier hat der Gesetzgeber dem Richter ein Verteilungsrecht eingeräumt (BGB. § 254). Wie, wenn es nicht klar ist, wer der Täter war, wenn die Aufhellung dessen Schwierigkeiten macht? Was weiter prüfen — halbieren wir! Noch einen Schritt, und wir stehen im Strafrecht: Schuldig oder nichtschuldig? Wir wissen es nicht, also nehmen wir die vermittelnden „mildernden Umstände". — Imaginär, sagten wir, sei dieses Beispiel. In der Tat, es wirkt heute noch wie ein wesenloses Gespenst. Aber wer bürgt, daß die einmal beschrittene, noch im Lichten liegende Bahn nicht langsam in solche dunklen Dinge hinabführt? Der, der überlastet, der müde ist, macht sich's bequem, — und greift, im langsamen Gleiten öfter und öfter, nach dem *bequemen Polster der Generalklausel*.

20. Daraus erwächst *Unsicherheit*, innere und äußere, zusammengefaßt: Unsicherheit des gesamten Rechtslebens. Denn was sind „gute Sitten", was ist „Treu und Glauben", was „öffentliche Sicherheit und Ordnung", was „übergesetzlicher Notstand", was „Härte", was „Milde"? Als das BGB. geschaffen war, hatte man noch Muße, fast philosophisch darüber zu streiten, ob bei den mehreren Generalklauseln mehrere „Grundsätze" oder nur ein einheitlicher, sie alle zusammenfassender Grundsatz vorhanden sei. Heute noch kann man gelegentlich auf Vergleiche der mehreren Klauseln nach dem Grade der Sicherheit stoßen und liest etwa, daß „die guten Sitten weit bestimmter sind als die weichliche Formel von Treu und Glauben". Oder man trifft auf die erstaunte Feststellung dieses oder jenes Schriftstellers, daß Laien und Juristen eine solche Formel, insbesondere Treu und Glauben, in

ganz verschiedenem Sinne gebrauchten. Oder es blickt den Leser nackter Skeptizismus an, wenn über die Formeln der „guten Sitten", der „Zumutbarkeit" usw. gesagt wird: „Man wird alle diese Erläuterungen auf eine Stufe stellen dürfen mit jener anderen, wonach die Armut meistenteils von der Povertät herrührt! Sie führen nicht einen Schritt weiter" (Graf Dohna, 1927). Und darauf also tausende von Urteilen bauen, darauf eine ganze Rechtswelt stützen?

Die Männer, die am Bürgerlichen Gesetzbuch arbeiteten, wußten wohl, daß nicht ganz ohne solche Generalklauseln auszukommen sei, aber immer wieder zuckten sie an anderen Stellen vor der Gefahr des Absinkens ins Unsichere zurück: „Durch die Zulassung der exceptio doli generalis wird in höchst bedenklicher Weise *an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters* gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt" (Protokolle 1 S. 239 a. E.). Aber dergleichen geriet bald in Vergessenheit in dem frohgemuten Treiben, das der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches folgte (S. 6 ff.). Nur der junge Gelehrte *Rudolf Henle* erhob eine Reihe von Jahren später (1912) mit großer Schärfe seine Stimme. Er nannte die „Freirechtlerei" eine „juristische Dekadenzerscheinung" und geißelte neben ihr besonders scharf die beiden „Seuchen" der Treu-und-Glaubens-Jurisprudenz und der exceptio doli generalis. Auch das geriet rasch ins Vergessen. Aber *heute*, nach dem unaufhörlichen Vordringen und Sichverbreiten der Generalklauseln, brechen solche Stimmen an vielen Stellen wieder deutlich hervor: „Es ist ein völliges Verwischen aller Grenzen. *Das Gesetz hört auf, die Norm für die Entscheidungen der Gerichte zu sein.* Man braucht nicht weiter zu gehen: *Subjektives Empfinden an Stelle objektiven Maßstabes*" (Hachenburg-Bing, anläßlich eines Urteils des Reichsarbeitsgerichts, in DJZ. 1932 Sp. 276).

Es leiden darunter sowohl die Aktiv- wie die Passiv-Betroffenen, Justizpersonen nicht minder wie Publikum. Der *Richter* muß notwendigerweise, wenn er ernsthaft sich selber prüft, ein drückendes Gefühl der inneren Unsicherheit empfinden bei solchem un-

heimlich zunehmenden Arbeiten mit schwankenden Maßstäben. Zumal, wenn ihm gelegentlich vom obersten Gerichtshof eingeschärft wird, daß die guten Sitten *eine wandelbare Größe* seien (RG., Urteil vom 26. Oktober 1928, JW. 1929 S. 249: „Freilich darf nicht übersehen werden ..., daß auch die Auffassungen darüber, was sittenwidrig ist, nicht unwandelbar sind und sein können, vielmehr im und mit dem Fluß des sittlichen, geistigen und wirtschaftlichen Lebens und der Bedürfnisse eines Volkes wechseln und sich ändern können“), die bittere Kehrseite jener oben besprochenen „Anpassungsfähigkeit“. So gibt denn auch jeder gewissenhafte Richter zu, selbst wenn er reichlich den „Mut zum Werten“ (Mezger) besitzt, daß — gemessen etwa am Maßstab der Revisibilität — der durch „Treu und Glauben“, „gute Sitten“ oder Ähnliches bereitete Boden mehr und mehr ins Schwanken geraten sei. Noch deutlicher ist das Klagen aus dem Kreise der *Anwälte:* Wer kann sagen, ob ein Prozeß gewonnen wird, wenn die eine Partei oder beide wechselseitig den Richter zu einem Bekenntnis über „Treu und Glauben“, über das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ usw. zu drängen wissen, oder wenn der Richter aus Eigenem zu diesen „helfenden“ Formeln greift? Vollends das Publikum, die Klienten, die Rechtsuchenden, die wirtschaftlichen Stände und hinter ihnen das *Gesamtvolk* beginnen unter der von den Generalklauseln getragenen, mindestens gedeckten Unsicherheit immer sichtlicher zu leiden. „Die übermäßige Berücksichtigung von bloßen Billigkeitsgründen *führt zur Verweichlichung und Rechtsunsicherheit*“, stellt z. B. der Deutschnationale Handlungsgehilfenverband in seinem Rechenschaftsbericht für 1931 fest. Man kann auch gelegentlich schon beobachten, wie ein Gerichtshof oder eine Sorte von Gerichtshöfen gegen die andere ausgespielt wird: „Jedenfalls ist anzunehmen“, so steht in einer von einem Rechtsanwalt verfaßten Flugschrift des letzten Jahres zu lesen, „daß die ordentlichen Zivilgerichte *mehr Verständnis für die Anwendung von Treu und Glauben* aufbringen als das Oberverwaltungsgericht.“

Bei dieser Auswertung der gegenwärtigen Verhältnisse stoßen

wir übrigens auf eine merkwürdige *Umkehr in der Wortverwendung.* Wenn, wie in jüngster Zeit öfter, aus Kreisen der Wirtschaft die „*Wiederaufrichutng von Treu und Glauben*" gefordert, ihr Verlorengehen bitter beklagt wird, so ist das nicht als ein Pro zugunsten der „Generalklauseln", sondern eher umgekehrt als ein Contra gemeint. Zwar handelt es sich dabei nicht ganz um kommensurable Größen. Woran in solchen Bekundungen gedacht wird, ist die schwere *Erschütterung der Vertragstreue,* die vor allem aus der jüngsten Notgesetzgebung entsprungen ist. Dieses „Auflockern" oder „Annullieren" geschlossener Verträge ist nun nicht ausschließlich das Werk der Generalklauseln. Die Generalklauseln sind nur vielfach das Werkzeug, auf das der Gesetzgeber mehr oder minder deutlich den Richter bei solcher „Korrektur" an geschlossenen Pakten verweist. Soweit dann davon Gebrauch gemacht wird, prallt allerdings das in solchen Bekundungen der Wirtschaft heraufbeschworene Geschwisterpaar „Treu und Glauben" mit den Generalklauseln unmittelbar zusammen. Und wenn etwa der Richter im einzelnen Falle die Lockerung oder Annullierung ausdrücklich unter dem Siegel von Treu und Glauben vollzogen hat, so gelangen wir zu dem Paradoxon, daß *gegen* Treu und Glauben — Aufhebung der Verträge — *an* Treu und Glauben — Rückkehr zur Vertragstreue — appelliert wird. Und das ist mehr als ein Wortspiel! Auf der Tagung eines großen industriellen Verbandes, die im Frühjahr 1932 abgehalten wurde und ausdrücklich unter dem Zeichen „Für Treu und Glauben" stand, faßte der als Gast anwesende Präsident des Deutschen Anwaltvereins die Eindrücke des Gehörten in den Worten zusammen: „Treu und Glauben gefährdet durch Gesetz und Recht: die grausamste und irrsinnigste Begriffsverdrehung, in die ein Staatsvolk geraten kann." In der Tat erscheint in solcher Zusammenstellung die *Unsicherheit des Rechtslebens* auf dem Gipfelpunkt.

21. Von der Unsicherheit führt der Weg zur *Willkür.* Freilich ist es ein langer Weg, wie wir ausdrücklich hervorheben. Eine erste wichtige Etappe wird dadurch gekennzeichnet, daß der

materielle Gehalt der Generalklauseln kein einheitlich gleichbleibender ist. Es überwiegt der *ethische* Gehalt. Aber wir trafen an mehreren Stellen auf eine Verschiebung nach der *wirtschaftlichen* Seite (S. 29, 48). Und dazu gesellt sich in wieder anderen Zusammenhängen die *politische* Formulierung (vgl. S. 50). Wären diese drei Welten innerhalb des Generalklauselwesens klar geschieden, so wäre die Vielfältigkeit noch leichter zu tragen. Aber unsere Beispiele, unsere Erlebnisse zeigen das Ineinanderübergehen. Schon hier kann eine Willkürentscheidung notwendig oder wenigstens verlockend sein, ob mit dem ethischen oder dem wirtschaftlichen oder dem politischen Maßstab gemessen werden soll (vgl. auch S. 56 über die Kollision mehrerer Generalklauseln). Zugleich wird offenbar, welch ungeheure *Macht* hier aufgespeichert liegt, und das läßt eine weitere Gefährlichkeit auftauchen, die der *Eitelkeit und Überheblichkeit*. Gerade für schwächere Naturen muß es einen verlockenden Klang haben: Sittenrichter sein, nicht Paragraphenknecht, Künder von Treu und Glauben! Oder gar ins Politische übertragen: Künder des Staatsgedankens, Hort einer Weltanschauung. Oder alles zusammengenommen: *oberster Vertreter der Gerechtigkeit!* — Wir sagten es schon: Sehnsucht dorthin ist da (S. 65). Aber haarscharf grenzt die Sonnenseite an die Schattenseite. Müdigkeit läßt sich leicht hinter der großartigen Formel, Verweichlichung hinter einem Pseudoethos, Bequemlichkeit hinter einem „Glauben" verstecken. Dann eben zeigt sich wieder *die andere Seite*, und an Stelle einer eingebildeten oder gar vorgetäuschten Gerechtigkeit setzt sich die *Willkür*.

Es fehlt gerade jetzt nicht an Stimmen, die meinen, es könne gar nicht die Aufgabe des *Richters* sein, so weittragende Konflikte zu entscheiden, wie sie aus manchen Generalklauseln erwachsen sind. Gelegentlich werden sogar für den zivilistischen Bereich Zweifel dieser Art geäußert. Vor allem aber sind es *die öffentlich-rechtlichen Spannungen der jüngsten Zeit*, die eine solche Diskussion entfaltet haben, und man hat dabei den Art. 48 und den Staatsgerichtshof im Auge gehabt. Wenn derart der Richter ausgeschaltet wird, *kehrt das Generalklauselwesen zum letzten Träger*

der staatlichen Gewalt zurück. Was tut er dann? Die Frage wächst, wie sofort ersichtlich, aus dem Rahmen der Justiz hinaus. Dann hört das Denken vieler bei dem Worte *Politik* auf. Sie sehen nicht, daß Politik bis zu diesem Punkt ein leeres Wort bleibt, und daß wir auch hier (vgl. S. 61) sogleich die Frage so stellen müssen: Politik *wozu?* Auch die klar nach der Seite des Staates tenorierten Formeln wie „Staatswohl", „Gemeinwohl", „Schutz des Volkes" stellen nicht frei von solcher Wendung der Frage. Sonst eben stehen wir im Lande blanker *Willkür*.

An dieser Stelle wird es gut sein zu betonen, daß unsere Untersuchung nicht das Ganze der „Politik" ergründen will, sondern auf das Kapitel von den *Generalklauseln* beschränkt bleibt. Unter solchem Vorbehalt wollen wir dem Problem mit einer etwas konkreteren Frage auf den Leib rücken: Wie wenn in einem Lande *der Volkskörper in zwei Hälften zerrissen ist*, Klassen, Stände, Religionen, Weltanschauungen, und die eine Hälfte den Satz aufstellt: *Wir* sind die Hüter der guten Sitten, *ihr anderen* wißt nichts davon? Diese Frage gilt es klar ins Auge zu fassen.

Das heutige *sowjetistische Rußland* hat ein Beispiel von geschichtlicher Bedeutung aufgestellt. Es wird hier bewußt Moral, Rechtsgefühl, Weltanschauung der im „Sowjetsystem" eingefangenen Kräfte als bestimmend für das Rechtsganze aufgestellt, und dieser Grundgedanke wird an verschiedenen Stellen in Form von *Generalklauseln* zum Ausdruck gebracht. An der Spitze des Zivilgesetzbuchs von 1922 steht der Satz: „Die bürgerlichen Rechte genießen Gesetzesschutz mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen sie *im Widerspruch zu ihrer sozialwirtschaftlichen Bestimmung* verwirklicht werden." Bald darauf (§ 4) heißt es: *„Zur Entwicklung der schaffenden Kräfte des Landes* gewährt die Republik der vereinigten Sowjetrepubliken die bürgerliche Rechtsfähigkeit." Mit beidem will gesagt werden: Was systemfeindlich ist, steht außerhalb des Rechtsschutzes. Es leuchtet ein, daß nur dieser sowjetistische Staat selbst darüber bestimmen und verfügen kann, was dem „produktiven System", dem „sozialwirtschaftlichen System" gemäß ist und was nicht. Daß ihm dabei

der Richter zu Diensten sein muß, zeigt ein Satz der *Zivilprozeßordnung* (Art. 4): „Falls Gesetze oder Verordnungen zur Entscheidung irgendeiner Sache fehlen, entscheidet das Gericht diese Sache, indem es den Grundsätzen der Sovjetgesetzgebung sowie der allgemeinen Politik der Arbeiter- und Bauernregierung folgt“, wiederum eine Generalklausel von verblüffender Tragweite, durchaus orientiert nach der weltanschaulichen Meinung der einen, der regierenden Hälfte. Noch einschneidender schließlich die beiden Generalklauseln des *Strafkodex* von 1926, pönende Generalklausel im 6. Artikel: „Als gemeingefährlich gilt jede Handlung oder Unterlassung, die sich *gegen das Sowjetsystem* richtet oder *die* Rechtsordnung verletzt, die vom Regime der Arbeiter und Bauern für die Zeit des Übergangs zur kommunistischen Gesetzesordnung errichtet ist“, liberierende Generalklausel im 13. Artikel: „Maßnahmen des sozialen Schutzes werden überhaupt nicht angewandt auf Personen, die Handlungen begangen haben, die in den Strafgesetzen vorgesehen sind, wenn das Gericht feststellt, daß sie diese Handlungen im Zustande der *Notwehr gegen Angriffe auf das Sowjetregime* ... begangen haben“ (vgl. S. 37: Staatsnotwehr). Es ist klar, daß das Ganze dieses Systems von der Vorstellung des *Klassengegensatzes* getragen wird, mit der selbstverständlichen Folge, daß nur die eine (die herrschende) Klasse über den materiellen Gehalt dieser Generalklauseln zu befinden hat! Das ist, *gemessen am Volksganzen* — das aus der Idee der Rechtsordnung nicht wegzudenken ist — die nackte Willkür.

22. Eine politische Behandlung der Generalklauseln braucht indessen nicht notwendig zur *Katastrophe der Rechtsordnung* zu führen. Die *Lösung* sehe ich in folgendem. Der jeweilige Träger der Macht wird sich den *Unterschied zwischen den wirklich staatsnotwendigen Fragen und dem übrigen Teil der Rechtsordnung* vor Augen halten müssen. Wenn er nur in der ersteren Richtung die letzte Auslegung und damit Handhabung (oder Nichthandhabung) der Generalklauseln seiner Willkür unterstellt, so wird das allenfalls zu ertragen, vielleicht sogar in Zeiten der Unruhe zu begrüßen sein. Greift er aber weiter in dieser Weise, insbesondere

in das Zivilrecht und in den unpolitischen Teil des Strafrechts hinein, so daß auch hier der Beweglichkeitsfaktor mit dem Machtfaktor in Eins verschmilzt (vgl. S. 51), *so steigt Byzanz empor und die Zeichen weisen auf Niedergang.*

Der Schwere dieses Wortes bin ich mir bewußt. Es soll ein äußerstes Warnen bedeuten. Daß die Kulturstaaten gerade auch unter dem — an sich vielleicht nur kleinen — Zeichen der rechtlichen Generalklauseln in einer Krise liegen, ist offenbar. Bei *allen* Völkern ist (das haben mir mancherlei Studien gezeigt) das Vorrücken der Generalklauseln, wie es im vorstehenden für das Deutsche Reich nachgewiesen worden ist, im Gange. Unterschiede sind da, ein Volk hat mehr Neigung, sich solchen klingenden Formeln in die Arme zu werfen, als das andere, ein Volk hat mehr Fähigkeit, aus den Generalklauseln etwas zu machen und ihre Gefahren zu vermeiden, als das andere. Jedes muß sich *auf dem Boden seines nationalen Eigenwesens* mit der — Jahrzehnte überspannenden — Erscheinung auseinandersetzen!

Das hindert nicht, daß wir noch einmal auf das römische Zitat zurückgreifen, mit dem wir auf der ersten Seite begonnen haben: *Ars aequi et boni.* Deutsche Gelehrte sind es gewesen, die über den Sinn dieser Worte gestritten haben. „Hier ist das Ideal des Rechts schön bezeichnet“, so lehrte Windscheid. „Aber ars ist nicht ein Ideal, es ist *die Kunst der Verwirklichung des Ideals*“, entgegnete ihm Dernburg. Ich möchte es mit Dernburg halten.

Kunst der Verwirklichung — das hält gut Fühlung mit dem, was wir über die Beweglichkeit, die „Anpassungsfähigkeit“ der Generalklauseln und über ihr sonstiges Leistungsvermögen gesagt haben. Aber sogleich drängt sich die Frage vor: *Wer ist berufen,* eine solche Verwirklichung in die Hand zu nehmen? Noch ein letztes Mal, an wahrhaft entscheidender Stelle, treffen wir auf *die Gestalt des Richters.* Obwohl die Generalklauseln systematisch zum materiellen, nicht zum Recht des Verfahrens gehören (S. 57), hängt die große historische Frage, ob sie Segen stiften oder Fluch bringen, letzten Endes von der Richterschaft des einzelnen Volkes ab. Der staatliche Machthaber mag notfalls das Spiel mit den

Generalklauseln der „Staatsnotwendigkeiten“ in der Hand behalten. Reißt er jedoch darüber hinaus die gesicherten Fundamente einer geordneten Prozeßführung ein, zertrümmert er insbesondere den *Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit*, so stehen vor ihm die Schatten der geschichtlichen Vergangenheit auf: „Als die Schranken des *römischen* Prozesses niedergerissen waren, als aequitas, bona fides, bonum et aequum fast wahllos neben- und durcheinander gebraucht wurden, wurde das ex bono et aequo zu einem Mittel, der *neuen Billigkeit der Byzantiner* Raum und Begründung zu schaffen“, wie der früher genannte Forscher feststellt.

Wir wissen bereits, daß diese „neue Billigkeit der Byzantiner“ nicht bloß ein Nachlassen der Denkkraft, sondern noch eine ganz andere, viel gefährlichere Art der *Verweichlichung* im Gefolge gehabt hat, die im schillernden Gewande der aequitas, humanitas, benignitas einhergeht (vgl. S. 3, 32). Verfällt der Richter der Schattenseite dieser Begriffe, so hört er auf, „Richter“ zu sein. Was er anwendet, ist nicht mehr „Recht“, sondern ein sentimentales Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Maßstäben.

Gewiß sind wir *heute* noch weit entfernt von solchen Dingen. Aber ein *Einbruch* in die festen Gefüge der Rechtsanwendung ist uns doch schon bei unserer Wanderung durch das Recht von heute an mehreren Stellen entgegengetreten. Auch wir haben schon — z. B. bei der Erörterung des Vollstreckungsrechts (S. 31) — der Frage ins Antlitz blicken müssen: Ist, was hier der „Richter“ tut, *überhaupt noch Rechtsanwendung?* Vor allem fällt mit aller Schwere jetzt, da wir auf unseren Weg zurückblicken, *das Phänomen des Zumutbaren* auf uns. *Überall* sind wir ihm begegnet, bei der Abschichtung zwischen Arbeitgeber und Betriebsräten (S. 17), bei dem großen Mühen um die Aufwertung (S. 12), bei dem Prima-facie-Beweis des neuesten Prozeßrechts (S. 27), bei der Auflockerung des Vollstreckungsrechts (S. 32), sodann, besonders überraschend, bei der neuen Notstandsformulierung im Strafrecht (S. 34) und in dem Härteverfahren des

Steuerrechts (S. 41), und einmal, gelegentlich des Tarifvertragsrechts (S. 18), sahen wir uns sogar zu der rhetorischen Frage gedrängt, ob etwa auch das Wechselspiel der gesetzgebenden Faktoren im Staat unter das Zeichen von Zumutbarkeit oder Nichtzumutbarkeit gestellt werden solle. Ist das alles noch *Rechtsanwendung*?

Der Richter hat die Entscheidung in der Hand. Er kann *bejahen.* Aber dazu gehört ein Doppeltes. Er muß dem Wesen dieser unheimlich vordringenden Generalklauseln scharf ins Gesicht sehen und er muß sich äußerste Sparsamkeit in ihrem Gebrauch zur Pflicht machen. Nur so sichert er sich den Halt, um *ein Abgleiten seiner selbst und damit der Rechtspflege seiner Nation* zu verhüten. Mutig hat in diesem Augenblick die junge deutsche Generation den Vormarsch in die kommenden Zeiten angetreten. Das mahnende Bi[illegible]schichte steht vor ihr. Vor ihm wird sie sich zu bewähren haben.